الكفاية
في شرح الهداية

الكتاب: الكفاية في شرح الهداية

Title: AL-KIFĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام جلال الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي
(ت ٧٦٧ هـ)

Author: Al-Imam Jalaluddin Al-Karlany
Al-Khawarazmy Al-Hanafi (D. 767 H.)

المحقق: محمد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Mohammad Ahmad Al-Haqqani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (8Vols./8Parts) 4376		عدد الصفحات (٨أجزاء/٨مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2019 A.D. - 1441 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st (2 Colors)	الطبعة الأولى (لونان)

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-9421-3

الكفاية

في شرح الهداية

تأليف

الإمام جلال الدين بن شمس الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي

المتوفى سنة ٧٦٧هـ

حققها وهذبها وقوم نصوصها وعلق عليها

محمد أحمد الحقاني الأفغاني

ماجستير في العلوم الإسلامية والعربية

تطبع للمرة الأولى محققة ومنقحة عن النسختين المخطوطتين

الجزء الرابع

يحتوي هذا الجزء:

الحدود - السرقة - السير - اللقيط - اللقطة

الإباق - المفقود - الشركة - الوقف - البيوع

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الحُدُودِ

قَالَ: الحَدُّ لُغَةً: هُوَ المَنْعُ، وَمِنْهُ الحَدَّادُ لِلْبَوَّابِ، وَفِي الشَّرِيعَةِ: هُوَ العُقُوبَةُ المُقَدَّرَةُ حَقًّا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ حَتَّىٰ لَا يُسَمَّى القِصَاصُ حَدًّا لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ وَلَا التَّعْزِيرُ لِعَدَمِ التَّقْدِيرِ، وَالْمَقْصِدُ الأَصْلِيُّ مِنْ شَرْعِهِ الِانْزِجَارُ عَمَّا يَتَضَرَّرُ بِهِ العِبَادُ، وَالطَّهَارَةُ لَيْسَتْ أَصْلِيَّةً فِيهِ بِدَلِيلِ

كتاب الحدود

قوله: وَفِي الشَّرِيعَةِ: هُوَ العُقُوبَةُ المُقَدَّرَةُ حَقًّا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ، احتَرز بالمقدَّرة عن التعزير، وبقوله حقًّا لله تعالى عن القصاص، قيل: تقديرات الشرع على أربعة أنواع: منها: ما هو يمنع الزيادة والنقصان وهو الحدود، ومنها: ما لا يمنع الزيادة والنقصان كما قال الله تعالى: ﴿وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا﴾ [لقمان: ٣٤] فإنه لا يعلم ما ذا تكسب في هذا اليوم في الزمان الثاني ولا في بعد غدٍ، وكذلك قوله تعالى: ﴿مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥]، ومنها: ما هو يمنع الزيادة دون النقصان وهو خيار الشرط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ومنها: ما هو يمتنع النقصان دون الزيادة كمدَّة السفر.

قوله: وَالْمَقْصِدُ الأَصْلِيُّ مِنْ شَرْعِهِ الِانْزِجَارُ عَمَّا يَتَضَرَّرُ بِهِ العِبَادُ، وهو اختلاط الأنساب فالله تعالىٰ شرع حد الزنا لصيانة فرش المسلمين عن الفساد، وشرع حد القذف لصيانة أعراضهم، وشرع حد الشرب لصيانة عقولهم، وشرع حد السرقة لصيانة أموالهم.

قوله: وَالطَّهَارَةُ لَيْسَتْ أَصْلِيَّةً، لأنَّها تحصل بالتوبة لا بإقامة الحدِّ إذ الحد يُقام علىٰ

شَرْعِهِ فِي حَقِّ الكَافِرِ.

قَالَ: (الزِّنَا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ) وَالْمُرَادُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ الإِمَامِ لِأَنَّ البَيِّنَةَ دَلِيلٌ ظَاهِرٌ، وَكَذَا الإِقْرَارُ لِأَنَّ الصِّدْقَ فِيهِ مُرَجَّحٌ لَا سِيَّمَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِثُبُوتِهِ مَضَرَّةٌ وَمَعَرَّةٌ، وَالْوُصُولُ إِلَى العِلْمِ القَطْعِيِّ مُتَعَذِّرٌ، فَيُكْتَفَىٰ بِالظَّاهِرِ.

قَالَ: (فَالْبَيِّنَةُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِنَ الشُّهُودِ عَلَىٰ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ بِالزِّنَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْۖ﴾ [النساء: ١٥] وَقَالَ اللهُ تَعَالَىٰ: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤] «وَقَالَ - عَلَيْهِ

كرهٍ منه فلا يكون محصلاً للثواب فلا تحصل به الطهرة فإن تاب كان الحد طهرةً له وإلَّا لا يكون طهرةً بل يكون خزيًا ونكالاً، كما قال الله تعالىٰ في حدِّ قطاع الطريق: ﴿ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي ٱلدُّنْيَاۖ وَلَهُمْ فِي ٱلْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾﴾ [المائدة: ٣٣].

قوله: الزِّنَا، يمدّ ويقصر، فالقصر لأهل الحجاز قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ﴾ [الإسراء: ٣٢] والمدُّ لأهل نجد، قال الفرزدق:

[من الطويل]

أَبَا حَاضِرٍ مَنْ يَزْنِ يُعْرَفْ زِنَاؤُهُ * وَمَنْ يَشْرَبِ الخُرْطُومَ يُصْبِحْ مُسْكَرَا

الخرطوم الخمر، المسكَر بفتح الكاف من التسكير المخمور، يخاطب به الرجل المكنَّىٰ بأبي حاضر، والنسبة إلى المقصور زنوي وإلى الممدود زناوي، كذا في الصحاح.

قوله: يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ، أي عند الإمام وعلم القاضي ليس بحجَّة في الحدود بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وإن كان القياس يقتضي اعتباره لأنَّ عمله فوق البينة والإقرار.

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلَّذِي قَذَفَ امْرَأَتَهُ: ائْتِ بِأَرْبَعَةٍ يَشْهَدُونَ عَلَىٰ صِدْقِ مَقَالَتِكَ» وَلِأَنَّ فِي اشْتِرَاطِ الأَرْبَعَةِ يَتَحَقَّقُ مَعْنَى السَّتْرِ وَهُوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ وَالْإِشَاعَةُ ضِدُّهُ.

(وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الإِمَامُ عَنِ الزِّنَا مَا هُوَ وَكَيْفَ هُوَ وَأَيْنَ زَنَىٰ وَمَتَىٰ زَنَىٰ وَبِمَنْ زَنَىٰ؟) لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - اسْتَفْسَرَ مَاعِزًا عَنِ الكَيْفِيَّةِ وَعَنِ المُزْنِيَّةِ، وَلِأَنَّ الاِحْتِيَاطَ فِي ذَٰلِكَ وَاجِبٌ لِأَنَّهُ عَسَاهُ غَيْرُ الفِعْلِ فِي الفَرْجِ عَنَاهُ أَوْ زَنَىٰ فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ فِي المُتَقَادِمِ مِنَ الزَّمَانِ أَوْ كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ لَا يَعْرِفُهَا هُوَ وَلَا الشُّهُودُ كَوَطْءِ جَارِيَةِ الِابْنِ

قوله: وَالْإِشَاعَةُ ضِدُّهُ، أي ضدُّ الستر فيكون مذمومًا لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِي ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي ٱلدُّنْيَا وَٱلْآخِرَةِ﴾ [النور: ١٩].

قوله: وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الإِمَامُ عَنِ الزِّنَا مَا هُوَ وَكَيْفَ هُوَ، أمَّا السؤال عن ماهية الزنا فللاحتِراز عمَّا لم يكن فعلهما على الحدِّ الذي ذكر من تفسير الزنا، فإنَّ من الناس من يعتقد في كل وطءٍ أنه زنىٰ، ولأنَّ الشرع سمَّى الفعل فيما دون الفرج زنًا، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «العينان تزنيان وزناهما النظر، واليدان تزنيان وزناهما البطش، والرجلان تزنيان وزناهما المشي، والفرج يُصدِّق ذلك أو يكذب»، والحدُّ لا يجب إلَّا بالجماع في الفرج، وأمَّا السؤال عن الكيفية فللاحتراز عن تماس الفرجين من غير إيلاج، وقيل: للاحتراز عن صورة الإكراه، وأمَّا السؤال عن المكان فللاحتراز عن فعل الزنا في دار الحرب، وأمَّا السؤال عن الوقت فللاحتراز عن أن يكون العهد متقادمًا وحدُّ الزنا لا يقام بعد تقادم العهد عندنا، وأمَّا السؤال عن المزنىٰ بها فللاحتراز عن أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح

فَيَسْتَقْصِي فِي ذٰلِكَ احْتِيَاطًا لِلدَّرْءِ.

(فَإِذَا بَيَّنُوا ذٰلِكَ وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرْجِهَا كَالْمِيلِ فِي الْمُكْحُلَةِ وَسَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ فَعُدِّلُوا فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ) وَلَمْ يَكْتَفِ بِظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي الحُدُودِ احْتِيَالًا لِلدَّرْءِ، «قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - ادْرَءُوا الحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» بِخِلَافِ سَائِرِ الحُقُوقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَعْدِيلُ السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ نُبَيِّنُهُ فِي الشَّهَادَاتِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، قَالَ فِي الأَصْلِ: يَحْبِسُهُ حَتَّىٰ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلِاتِّهَامِ بِالْجِنَايَةِ وَقَدْ حَبَسَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - رَجُلًا بِالتُّهْمَةِ، بِخِلَافِ الدُّيُونِ حَيْثُ لَا يُحْبَسُ فِيهَا قَبْلَ ظُهُورِ العَدَالَةِ، وَسَيَأْتِيك الْفَرْقُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَالْإِقْرَارُ أَنْ يُقِرَّ البَالِغُ العَاقِلُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالزِّنَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ

مع المفعول بِها، وذلك غير معلوم للشهود فإذا فسَّروا تبيَّن ذلك للقاضي.

قوله: وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا، هذا جوابٌ عمَّا هو، وقوله: كَالْمِيلِ فِي الْمُكْحُلَةِ، جواب كيف هو، ميل المكحلة خشبتها التي يكتحل بِها، والمُكحُلة بضمتين وعاء الكحل، والجمع مكاحل.

قوله: يَحْبِسُهُ حَتَّىٰ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ، فإن قيل: الحبس ينافي الاحتيال للدرء فينبغي أن لا يشرع كأخذ الكفيل منه، قلنا: حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لأنه صار متهمًا بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرًا.

فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ مِنْ مَجَالِسِ المُقِرِّ، كَمَا أَقَرَّ رَدَّهُ القَاضِي) فَاشْتِرَاطُ البُلُوغِ وَالْعَقْلِ لِأَنَّ قَوْلَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ أَوْ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلْحَدِّ، وَاشْتِرَاطُ الأَرْبَعِ مَذْهَبُنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَكْتَفِي بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الحُقُوقِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ مُظْهِرٌ، وَتَكْرَارُ الإِقْرَارِ لَا يُفِيدُ زِيَادَةَ الظُّهُورِ بِخِلَافِ زِيَادَةِ العَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ، وَلَـنَا حَدِيثُ مَاعِزٍ

قوله: فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ مِنْ مَجَالِسِ المُقِرِّ، وقال ابن أبي ليلىٰ: يقام بالإقرار أربع مرَّات وإن كان في مجلسٍ واحدٍ اعتبارًا للإقرار بالشهادة، بعلَّة أنه أحد حجتي الزنا.

قوله: اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الحُقُوقِ، يعني في سائر الحقوق العدد معتبَر في الشهادة دون الإقرار، فكذلك ههنا.

قوله: بِخِلَافِ زِيَادَةِ العَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ، لأنَّ زيادة طمأنينة القلب تحصل بزيادة العدد من الشهود، ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد.

قوله: وَلَـنَا حَدِيثُ مَاعِزٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فإنه جاء إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: زنيتُ فطَهِّرْنِي، فأعرض عنه صلى الله عليه وسلم فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك، فلمَّا قال في المرَّة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم: «الآن أقررتَ أربعًا، فيمن زنيتَ؟ قال: بفلانة، قال: لعلَّك قَبَّلْتَها لعلَّك باشرتَها، فأبىٰ إلَّا أن يقرَّ بصريح الزنا، فقال: أبكَ خبل؟ أبكَ جنونٌ؟» وفي رواية: بعث إلىٰ أهله هل ينكرون من عقله؟ فقالوا: لا، فسأل عن إحصانه فأخبَر أنه محصن فأمر برجمه، كذا في المبسوط، فإن قيل: إنَّما أعرض النبي صلى الله عليه وسلَّم لأنه استراب عقله فقد جاء أشْعث أغْبَر متغيِّر اللون إلَّا أنه لمَّا أصرَّ على الإقرار ودام على نَهْج العقلاء قبله بعد ذلك ثم أزال الشبهة بالسؤال: أبكَ خبلٌ أبكَ جنونٌ؟ قلنا: أمَّا الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون، وإنَّما

«فَإِنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَخَّرَ الإِقَامَةَ إِلَىٰ أَنْ تَمَّ الإِقْرَارُ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ» فَلَوْ ظَهَرَ بِمَا دُونَهَا لَمَا أَخَّرَهَا لِثُبُوتِ الوُجُوبِ وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ اخْتَصَّتْ فِيهِ بِزِيَادَةِ العَدَدِ، فَكَذَا الإِقْرَارُ إِعْظَامًا لِأَمْرِ الزِّنَا وَتَحْقِيقًا لِمَعْنَى السَّتْرِ، وَلَا بُدَّ مِنِ اخْتِلَافِ المَجَالِسِ لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ لِاتِّحَادِ المَجْلِسِ أَثَرًا فِي جَمْعِ المُتَفَرِّقَاتِ؛ فَعِنْدَهُ يَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الِاتِّحَادِ فِي الإِقْرَارِ، وَالْإِقْرَارُ قَائِمٌ بِالْمُقِرِّ فَيُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ مَجْلِسِهِ دُونَ مَجْلِسِ

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أبكَ خبلٌ أبك جنون؟ تلقينًا لِمَا يدرأ به الحدُّ، كما قال: لعلَّكَ وطئتها، ليرجع عن الزنا إلى الوطء فيسقط الحدُّ به عنه، وكما قال للسارق: أسرقتَ؟ وما أخاله سرق، والدليل عليه ما رُوِيَ أنَّ أبا بكر رضي الله عنه قال لماعزٍ لمَّا أقرَّ ثلاثًا: إن أقررتَ الرابعة رجمتكَ، فثبت أنَّ هذا العدد كان ظاهرًا عندهم، ولأنه لو كان لإبلاء العذر لعلق الأمر بثلاثٍ لا بأربعٍ، كذا في الأسرار، واعتباره بسائر الحقوق باطلٌ فقد ظهر فيه من التغليظ ما لم يظهر في سائر الأشياء، من ذلك أن النسبة إلى هذا الفعل موجب للحدِّ بخلاف سائر الأفعال، وشرط في إحدى الحجَّتين من العدد ما لم يشتَرط في سائرها وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار عدد الإقرار، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا بُدَّ مِنِ اخْتِلَافِ المَجَالِسِ لِمَا رَوَيْنَا، أراد به قوله: إِلَىٰ أَنْ تَمَّ الإِقْرَارُ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ.

قوله: فَعِنْدَهُ، أي فعند اتحاد المجلس.

قوله: فَيُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ مَجْلِسِهِ دُونَ مَجْلِسِ القَاضِي، أي اتحاد مجلس المُقرِّ يعتبَر في عدم الوجوب دون اتحاد مجلس القاضي.

القَاضِي، وَالِاخْتِلَافُ بِأَنْ يَرُدَّهُ القَاضِي كُلَّمَا أَقَرَّ فَيَذْهَبَ حَيْثُ لَا يَرَاهُ ثُمَّ يَجِيءَ فَيُقِرَّ، هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - طَرَدَ مَاعِزًا فِي كُلِّ مَرَّةٍ حَتَّىٰ تَوَارَىٰ بِحِيطَانِ المَدِينَةِ.

قَالَ: (فَإِذَا تَمَّ إِقْرَارُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ سَأَلَهُ عَنِ الزِّنَا مَا هُوَ وَكَيْفَ هُوَ وَأَيْنَ زَنَىٰ وَبِمَنْ زَنَىٰ، فَإِذَا بَيَّنَ ذٰلِكَ لَزِمَهُ الحَدُّ) لِتَمَامِ الحُجَّةِ، وَمَعْنَى السُّؤَالِ عَنْ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ بَيَّنَّاهُ فِي الشَّهَادَةِ، وَلَمْ يَذْكُرِ السُّؤَالَ فِيهِ عَنِ الزَّمَانِ، وَذَكَرَهُ فِي الشَّهَادَةِ لِأَنَّ تَقَادُمَ العَهْدِ يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ دُونَ الإِقْرَارِ، وَقِيلَ لَوْ سَأَلَهُ جَازَ لِجَوَازِ أَنَّهُ زَنَىٰ فِي صِبَاهُ.

(فَإِنْ رَجَعَ المُقِرُّ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ إِقَامَةِ الحَدِّ أَوْ فِي وَسَطِهِ قُبِلَ رُجُوعُهُ وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَىٰ يُقِيمُ عَلَيْهِ الحَدَّ لِأَنَّهُ وَجَبَ الحَدُّ بِإِقْرَارِهِ فَلَا يَبْطُلُ بِرُجُوعِهِ وَإِنْكَارِهِ كَمَا إِذَا وَجَبَ

قوله: وَالِاخْتِلَافُ بِأَنْ يَرُدَّهُ القَاضِي كُلَّمَا أَقَرَّ، بأن يقول: أبك خبل أبك جنونٌ، كما مرَّ من لفظ الحديث، وفي الإيضاح: وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ويظهر الكراهة له ويأمره بتنحيته، لِمَا رُوِيَ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه طرد ماعزًا، وعن عُمر رضي الله عنه أنه قال: اطردوا المعتَرفين، يعني في الزنا.

قوله: كَمَا إِذَا وَجَبَ بِالشَّهَادَةِ، يعني أنَّ الحدَّ لا يبطل بإنكار المشهود عليه بعد شهادة المشهود عليه فكذا لا يبطل الإقرار بانكاره لأنَّهما حجَّتان فيه فيعتبَر أحدهما بالآخر، قلنا: إنَّ إنكار المشهود عليه شرطُ صحة قبول البينة وشرط صحة الشيء لا

بِالشَّهَادَةِ وَصَارَ كَالْقِصَاصِ وَحَدِّ القَذْفِ، وَلَنَا أَنَّ الرُّجُوعَ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ لِلصِّدْقِ كَالْإِقْرَارِ وَلَيْسَ أَحَدٌ يُكَذِّبُهُ فِيهِ فَتَتَحَقَّقُ الشُّبْهَةُ فِي الإِقْرَارِ، بِخِلَافِ مَا فِيهِ حَقُّ العَبْدِ وَهُوَ القِصَاصُ وَحَدُّ القَذْفِ لِوُجُودِ مَنْ يُكَذِّبُهُ، وَلَا كَذٰلِكَ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ الشَّرْعِ.

(وَيُسْتَحَبُّ لِلإِمَامِ أَنْ يُلَقِّنَ المُقِرَّ الرُّجُوعَ فَيَقُولَ لَهُ: لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ قَبَّلْتَ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِمَاعِزٍ: لَعَلَّك لَمَسْتَهَا أَوْ قَبَّلْتَهَا» قَالَ فِي الأَصْلِ: وَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لَهُ الإِمَامُ: لَعَلَّكَ تَزَوَّجْتَهَا أَوْ وَطِئْتَهَا بِشُبْهَةٍ، وَهٰذَا قَرِيبٌ مِنَ الأَوَّلِ فِي المَعْنَى.

يكون مبطلاً له.

قوله: وَلَا كَذٰلِكَ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ الشَّرْعِ، أي ليس أحد يكذبه فيه فيتعارض كلاماه الإقرار والرجوع، وكل واحد منهما محتمل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة فيسقط الحدُّ لوجود الشبهة بهذا الطريق.

قوله: وَهٰذَا قَرِيبٌ مِنَ الأَوَّلِ، أي قوله: لَعَلَّكَ تَزَوَّجْتَهَا أَوْ وَطِئْتَهَا بِشُبْهَةٍ، قريب من قوله: لَعَلَّك لَمَسْتَهَا أَوْ قَبَّلْتَهَا، في المعنى من حيث إنَّ كل واحد منهما تلقين للرجوع لِمَا أنَّ في كل واحد منهما لو قال: نعم، يسقط الحد، والله تعالى أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الحَدِّ وَإِقَامَتِهِ

(وَإِذَا وَجَبَ الحَدُّ وَكَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا رَجَمَهُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّىٰ يَمُوتَ) «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - رَجَمَ مَاعِزًا وَقَدْ أُحْصِنَ» ، وَقَالَ فِي الحَدِيثِ المَعْرُوفِ «وَزِنًا بَعْدَ إِحْصَانٍ» وَعَلَىٰ هٰذَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمْ -.

قَالَ: (وَيُخْرِجُهُ إِلَىٰ أَرْضٍ فَضَاءٍ وَيَبْتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجْمِهِ ثُمَّ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يَتَجَاسَرُ عَلَى الأَدَاءِ ثُمَّ يَسْتَعْظِمُ المُبَاشَرَةَ فَيَرْجِعُ فَكَانَ فِي بُدَاءَتِهِ احْتِيَالٌ لِلدَّرْءِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تُشْتَرَطُ بُدَاءَتُهُ اعْتِبَارًا بِالْجَلْدِ، قُلْنَا: كُلُّ أَحَدٍ لَا يُحْسِنُ الجَلْدَ فَرُبَّمَا يَقَعُ مُهْلِكًا وَالإِهْلَاكُ

فصل في كيفية الحد وإقامته

قوله: فِي الحَدِيثِ المَعْرُوفِ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحلُّ دم امرئٍ مسلم إلَّا بإحدىٰ معانٍ ثلاثٍ: كفر بعد إيمان، وزنًا بعد إحصانٍ، وقتل نفسٍ بغير حقٍّ» وهو حديثٌ معروفٌ.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمْ، أي علىٰ وجوب الرجم إذا كان الزانِي محصنًا، الرَّجمُ حدٌّ مشروعٌ في حقِّ المحصن، ثابتٌ بالسنَّة إلَّا علىٰ قول الخوارج فإنَّهم ينكرون الرجم لأنَّهم لا يقبلون الأخبار إذا لم يكن في حيز التواتر.

غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ، وَلَا كَذٰلِكَ الرَّجْمُ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ.

(فَإِنِ امْتَنَعَ الشُّهُودُ مِنَ الِابْتِدَاءِ سَقَطَ الحَدُّ) لِأَنَّهُ دَلَالَةُ الرُّجُوعِ، وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِفَوَاتِ الشَّرْطِ (وَإِنْ كَانَ مُقِرًّا ابْتَدَأَ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، «وَرَمَىٰ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الغَامِدِيَّةَ بِحَصَاةٍ مِثْلِ الحِمَّصَةِ وَكَانَتْ قَدِ اعْتَرَفَتْ بِالزِّنَا» (وَيُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلَّىٰ عَلَيْهِ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي مَاعِزٍ اصْنَعُوا بِهِ كَمَا تَصْنَعُونَ بِمَوْتَاكُمْ» وَلِأَنَّهُ

قوله: وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، احترز به عمَّا رُوِيَ عن أبي يوسف رحمة الله تعالىٰ عليه فإنه ذكر في الإيضاح: ولو امتنع الشهود أو بعضهم، أو كانوا غيبًا، أو ماتوا أو مات بعضهم، أو عمي بعضهم، أو خرس، أو جُنَّ، أو ارتدَّ، أو قذف مسلمًا فضرب الحدَّ لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمة الله تعالىٰ عليه، ورُوِيَ أنَّهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثمَّ الناس، كذا في الذخيرة، فإذا كان الشهود مقطوع اليدين في الأصل لا تمتنع الإقامة، بخلاف ما إذا قطعت أيديهم بعد الشهادة، وفي الإيضاح: ولا بأس بكلٍّ من رمىٰ أن يتعمَّد قتله لأنه المقصد من الرجم، إلَّا أنه إذا كان ذا رحمٍ محرمٍ من المرجوم فإنه لا يستحب أن يتعمَّد قتله، وقد رُوِيَ عن حنظلة بن أبي عامر رضي الله عنه أنه استأذن رسول الله عليه الصلاة والسلام في قتل أبيه وكان هو كافرًا فمنعه عن ذلك وقال: «دعه يكفيك غيرك» ولأنه مأمورٌ بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجةٍ.

قوله: الغَامِدِيَّةَ، هي امرأة من غامد حيٍّ من الأزد، والجلدة ضرب الجلد، ومنه: جلدة الجلَّاد.

قُتِلَ بِحَقٍّ فَلَا يَسْقُطُ الغُسْلُ كَالْمَقْتُولِ قِصَاصًا «وَصَلَّى النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَلَى الغَامِدِيَّةِ بَعْدَمَا رُجِمَتْ».

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا وَكَانَ حُرًّا فَحَدُّهُ مِائَةُ جَلْدَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] إِلَّا أَنَّهُ انْتَسَخَ فِي حَقِّ المُحْصَنِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ مَعْمُولًا بِهِ.

قَالَ: (يَأْمُرُ الإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا) لِأَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لَمَّا أَرَادَ أَنْ يُقِيمَ الحَدَّ كَسَرَ ثَمَرَتَهُ، وَالْمُتَوَسِّطُ بَيْنَ المُبَرِّحِ وَغَيْرِ المُؤْلِمِ لِإِفْضَاءِ الأَوَّلِ إِلَى الهَلَاكِ وَخُلُوِّ الثَّانِي عَنِ المَقْصُودِ وَهُوَ الانْزِجَارُ (وَتُنْزَعُ عَنْهُ ثِيَابُهُ) مَعْنَاهُ دُونَ الإِزَارِ لِأَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ يَأْمُرُ بِالتَّجْرِيدِ فِي الحُدُودِ، وَلِأَنَّ التَّجْرِيدَ

قوله: بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ، ثمرة السوط مستعارةٌ من واحدة ثمرة الشجرة وهي عذبته وذنبه وطرفه، وفي المجمل والصحاح: ثمرة السوط عقد أطرافها، ومنه يأمر الإمام بضربه بسوطٍ لا ثمرة له يعني العقدة، والأوَّل أصحُّ لِمَا ذكر الطحاويُّ رحمه الله تعالىٰ أنَّ عليًّا رضي الله عنه جلد الوليد بسوطٍ له طرفان، وفي رواية له ذنبان، أربعين جلدةً وكانت الضربة ضربتين، كذا في المغرب، وكذلك تعليل الإيضاح دليل عليه حيث قال: وينبغي للقاضي أن يأمر الجلاد أن لا يضرب بسوط له ثمرةٌ، لأنَّ الثمرة إذا ضرب بِها يصير كلُّ ضربة ضربتين، والمشهور في الكتب لا ثمرة له أي لا عقدة عليه.

قوله: بَيْنَ المُبَرِّحِ، برحاء الحمىٰ وغيرها شدَّة الأذىٰ، يقول: برح به الأمير تبْرِيحًا وضربه ضربًا مُبَرِّحًا، كذا في الصحاح.

أَبْلَغُ فِي إِيصَالِ الأَلَمِ إِلَيْهِ، وَهٰذَا الحَدُّ مَبْنَاهُ عَلَى الشِّدَّةِ فِي الضَّرْبِ وَفِي نَزْعِ الإِزَارِ كَشْفُ العَوْرَةِ فَيَتَوَقَّاهُ (وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَىٰ أَعْضَائِهِ) لِأَنَّ الجَمْعَ فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ قَدْ يُفْضِي إِلَى التَّلَفِ وَالْحَدُّ زَاجِرٌ لَا مُتْلِفٌ.

قَالَ (إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلَّذِي أَمَرَهُ بِضَرْبِ الحَدِّ: اتَّقِ الوَجْهَ وَالْمَذَاكِيرَ» وَلِأَنَّ الفَرْجَ مَقْتَلٌ وَالرَّأْسَ مَجْمَعُ الحَوَاسِّ، وَكَذَا الوَجْهُ وَهُوَ مَجْمَعُ المَحَاسِنِ أَيْضًا فَلَا يُؤْمَنُ فَوَاتُ شَيْءٍ مِنْهَا بِالضَّرْبِ وَذٰلِكَ إِهْلَاكٌ مَعْنًى فَلَا يُشْرَعُ حَدًّا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَضْرِبُ الرَّأْسَ أَيْضًا رَجَعَ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَضْرِبُ سَوْطًا لِقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ: اضْرِبُوا الرَّأْسَ فَإِنَّ فِيهِ شَيْطَانًا، قُلْنَا: تَأْوِيلُهُ أَنَّهُ قَالَ ذٰلِكَ فِيمَنْ أُبِيحَ قَتْلُهُ، وَيُقَالُ: إِنَّهُ وَرَدَ فِي حَرْبِيٍّ كَانَ مِنْ

قوله: وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَىٰ أَعْضَائِهِ، ذكر في المبسوط: ويعطى كلَّ عضو حظَّه من الضرب لأنه قد نال اللذَّة في كل عضو.

قوله: وَالْمَذَاكِيرَ، هي جمع الذكر الذي هو العضو على خلاف القياس، كأنَّهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو، ثم إنَّما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع إفراد قرينة وهو الوجه لأنه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم: لشابت مفارق رأسه، كذا في الصحاح والمغرب، وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه في ضرب الحدِّ يتقي الفرجَ والبطنَ والوجهَ والصدرَ، ذكره في الذخيرة.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يَضْرِبُ الرَّأْسَ أَيْضًا، وفي الإيضاح: يضرب الرأس سوطًا أو سوطين لا يخشىٰ منه الفساد.

دُعَاةِ الكَفَرَةِ وَالْإِهْلَاكُ فِيهِ مُسْتَحَقٌّ.

(وَيُضْرَبُ فِي الحُدُودِ كُلِّهَا قَائِمًا غَيْرَ مَمْدُودٍ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: يُضْرَبُ الرِّجَالُ فِي الحُدُودِ قِيَامًا وَالنِّسَاءُ قُعُودًا، وَلِأَنَّ مَبْنَى إِقَامَةِ الحَدِّ عَلَى التَّشْهِيرِ، وَالقِيَامُ أَبْلَغُ فِيهِ، ثُمَّ قَوْلُهُ: غَيْرَ مَمْدُودٍ، فَقَدْ قِيلَ المَدُّ أَنْ يُلْقَىٰ عَلَى الأَرْضِ وَيُمَدَّ كَمَا يُفعَلُ فِي زَمَانِنَا، وَقِيلَ أَنْ يَمُدَّ السَّوْطَ فَيَرْفَعَهُ الضَّارِبُ فَوْقَ رَأْسِهِ، وَقِيلَ أَنْ يَمُدَّهُ بَعْدَ الضَّرْبِ، وَذٰلِكَ كُلُّهُ لَا يُفعَلُ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى المُسْتَحَقِّ.

(وَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ خَمْسِينَ جَلْدَةً) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى المُحْصَنَاتِ مِنَ العَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] نَزَلَتْ فِي الإِمَاءِ، وَلِأَنَّ الرِّقَّ مُنْقِصٌ لِلنِّعْمَةِ فَيَكُونُ مُنْقِصًا لِلْعُقُوبَةِ؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ عِنْدَ تَوَافُرِ النِّعَمِ أَفْحَشُ فَيَكُونُ أَدْعَىٰ إِلَى التَّغْلِيظِ (وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ) ؛ لِأَنَّ النُّصُوصَ تَشْمَلُهُمَا (غَيْرَ أَنَّ المَرْأَةَ لَا يُنْزَعُ مِنْ ثِيَابِهَا إِلَّا الفَرْوُ وَالْحَشْوُ) لِأَنَّ فِي تَجْرِيدِهَا كَشْفُ العَوْرَةِ وَالْفَرْوُ وَالْحَشْوُ يَمْنَعَانِ

قوله: وَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ خَمْسِينَ جَلْدَةً، لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى المُحْصَنَاتِ مِنَ العَذَابِ﴾، والمراد به الجلد لأنَّ الرجم لا ينتصف، والآية نزلت في الإماء والحكم في العبيد كذلك بدلالة النصّ، وإنَّما خصَّصت بالذكر لغلبة أسباب السفاح فيهنَّ ودعوتِهنَّ إليه دون العبيد، وإليه الإشارة في تقديم الزانية على الزاني، بخلاف السارق والسارقة.

وُصُولَ الأَلَمِ إِلَى المَضْرُوبِ وَالسَّتْرُ حَاصِلٌ بِدُونِهِمَا فَيُنْزَعَانِ.

(وَتُضْرَبُ جَالِسَةً) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ أَسْتَرُ لَهَا (وَإِنْ حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ جَازَ) ؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - حَفَرَ لِلْغَامِدِيَّةِ إِلَىٰ ثُنْدُوَتِهَا، وَحَفَرَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لِشُرَاحَةَ الهَمْدَانِيَّةِ، وَإِنْ تَرَكَ لَا يَضُرُّهُ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لَمْ يَأْمُرْ بِذٰلِكَ وَهِيَ مَسْتُورَةٌ بِثِيَابِهَا، وَالْحَفْرُ أَحْسَنُ؛ لِأَنَّهُ أَسْتَرُ وَيُحْفَرُ إِلَى الصَّدْرِ لِمَا رَوَيْنَا.

(وَلَا يُحْفَرُ لِلرَّجُلِ) ؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - مَا حَفَرَ لِمَاعِزٍ، وَلِأَنَّ مَبْنَى الإِقَامَةِ عَلَى التَّشْهِيرِ فِي الرِّجَالِ، وَالرَّبْطُ وَالْإِمْسَاكُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ (وَلَا يُقِيمُ المَوْلَى الحَدَّ عَلَىٰ عَبْدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الإِمَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يُقِيمَهُ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةً مُطْلَقَةً عَلَيْهِ كَالْإِمَامِ، بَلْ أَوْلَىٰ

قوله: وَتُضْرَبُ جَالِسَةً، لِمَا رَوَيْنَا، أي من حديث علي رضي الله عنه: والنساء قعودًا.

قوله: إِلَىٰ ثُنْدُوَتِهَا، الثّندُوة بفتح الأوّل والواو أو الضمّ والهمزة مكان الواو(ثُنْدُؤَة) والدال في الحالين مضمومة: ثدي الرجل أو لحم الثديين، كذا في المغرب، الهَمْدانية بسكون الميم.

قوله: مَا حَفَرَ لِمَاعِزٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ولا ربط ولا إمساك بل كان مطلقًا حتّىٰ هرب من أرضٍ قليلة الحجارة إلى أرضٍ كثيرة الحجارة، والرَّبط والإمساك غير مشروع إلّا أن يعجزهم فحينئذٍ يربط ويشدُّ.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَهُ أَنْ يُقِيمَهُ، أي الحدَّ الذي هو محض حقِّ الله

لِأَنَّهُ يَمْلِكُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ مَا لَا يَمْلِكُهُ الإِمَامُ فَصَارَ كَالتَّعْزِيرِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَرْبَعٌ إِلَى الوُلَاةِ وَذَكَرَ مِنْهَا

تعالى إن عاين سببه أو أقرَّ بين يديه، وإن ثبت بالبينة فله قولان، وفي حدِّ القذف والقصاص له وجهان، وهذا إذا كان المولى ممَّن يملك إقامة الحدِّ بولاية الإمامة إن كان إمامًا، فإن كان مكاتبًا أو ذميًّا أو امرأةً فليس له ولاية إقامة الحدِّ على مملوكه لقوله عليه الصلاة والسلام: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» وقال: «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها» وفي رواية: «فليحدَّها» ولأنَّ له ولايةٌ مطلقةٌ عليه فيملك إقامة ما وجب عليه كالإمام بل أَوْلىٰ لأنَّ ولايته عليه أقوىٰ من ولاية الإمام حتى ملك فيه تصرفات لا يملكها الإمام، ألا ترىٰ أنَّ المولىٰ هو الذي يزوِّج دون الوليِّ بالقرابة لأنَّ ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لأنَّ السلطان لا يزوِّج إلَّا بعد فقد القريب فلمَّا جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دلَّ أنَّها فوق ولاية السلطنة، ولهذا يملك عليه التعزير كما يملك الإمام، والحدُّ عقوبة زاجرة كالتعزير، ولنا ما رُوِيَ عن العبادلة الثلاثة موقوفًا ومرفوعًا «أربع إلى الولاة: الحدود والصدقات والجمعات والفيء» ولأنَّ الحدَّ حق الله تعالى إذ الغرض منه إخلاء العالم عن الفساد فتكون الولاية مستحقَّةً بالنيابة عن الله تعالى والإمام هو المتعين في نيابة الله تعالى أو نائبه، فأمَّا الولي فولايته بالملك فلا يصلح نائبًا عن الله تعالى، بخلاف التعزير لأنه من حقوق الملك والمقصود به التثقيف والتأديب وذا سبب زيادة ماليته فيرجع نفعه إليه فكان حقًّا له فيكون بسبيل منه، ألا ترىٰ أنه يعزر من لا يخاطب بحقوق الشرع كالصبيان وهو كالرياضة والتأديب في الدَّواب فإنه من حقوق الملك ولهذا كان المولى مقدمًا على الإمام وإنَّما تثبت الولاية له بسبب الملك كالتزويج، وللإمام ولاية إقامة الحدِّ شاء المولىٰ أو أبىٰ دلَّ أنه لا تثبت له ولاية إقامته بسبب الملك، وكيف تثبت به وهو غير مملوكٍ له من ذلك الوجه لأنَّ الحدود إنَّما تجب باعتبار معنى الآدمية

الحُدُودَ» وَلِأَنَّ الحَدَّ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ لِأَنَّ المَقْصِدَ مِنْهَا إِخْلَاءُ العَالَمِ عَنِ الفَسَادِ، وَلِهٰذَا لَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ العَبْدِ فَيَسْتَوْفِيهِ مَنْ هُوَ نَائِبٌ عَنِ الشَّرْعِ وَهُوَ الإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ، بِخِلَافِ التَّعْزِيرِ لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ وَلِهٰذَا يُعَزَّرُ الصَّبِيُّ، وَحَقُّ الشَّرْعِ مَوْضُوعٌ عَنْهُ.

قَالَ: (وَإِحْصَانُ الرَّجْمِ أَنْ يَكُونَ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسْلِمًا قَدْ تَزَوَّجَ

دون المالية إذ الحد لا يجب على المال بحالٍ والعبد باعتبارها مبقى على أصل الحرية حتَّىٰ يصحُّ إقراره بالحدود ولا يصحُّ إقرار سيده عليه بها فكان سيِّدُه فيها كسائر الأجانب كما في طلاق زوجته، وقوله: وأقيموا الحدود خطاب للأئمَّة كقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ﴾ [النور: ٢] وقوله تعالى: ﴿فَٱقۡطَعُوٓاْ﴾ [المائدة: ٣٨]، وفائدة تخصيص المماليك أن لا تحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن إقامة الحدِّ عليهم، أو المراد التسبيب والمرافعة إلى الإمام وقد يُضاف الشيء إلى المباشرة تارةً وإلى المسبِّب أخرىٰ والظاهر هذا لأنه خاطب كل الموالي بذلك وكلُّ الموالي لا يملكون المباشرة بالإجماع.

قوله: وَإِحْصَانُ الرَّجْمِ، وإنَّما قيَّد بالرجم احترازًا عن إحصان القذف فإنه غير هذا علىٰ ما يجيء إن شاء الله تعالى، وفي المبسوط: وللإحصان الذي يتعلق به الرجم شرائطٌ، فالمتقدمون يقولون شرائطه سبع: العقل، والبلوغ، والحرية، والنكاح الصحيح، والدخول بالنكاح، وأن يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر في صفة الإحصان، والإسلام، والأصحُّ أن يقول: شرط الإحصان على الخصوص اثنان: الإسلام، والدخول بالنكاح الصحيح بامرأةٍ هي مثله، فأمَّا العقل والبلوغ فهما شرط الأهليَّة للعقوبة لا شرط الإحصان على الخصوص لأنَّ غير المخاطب لا يكون أهلاً لالتزام شيءٍ من العقوبات، والحريَّة شرط تكميل العقوبة لا أن يكون شرط الإحصان على الخصوص، وأمَّا الدخول

امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا وَهُمَا عَلَىٰ صِفَةِ الإِحْصَانِ) فَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ شَرْطٌ لِأَهْلِيَّةِ الْعُقُوبَةِ إِذْ لَا خِطَابَ دُونَهُمَا، وَمَا وَرَاءَهُمَا يُشْتَرَطُ لِتَكَامُلِ الجِنَايَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعْمَةِ إِذْ كُفْرَانُ النِّعْمَةِ يَتَغَلَّظُ عِنْدَ تَكَثُّرِهَا، وَهٰذِهِ الأَشْيَاءُ مِنْ جَلَائِلِ النِّعَمِ، وَقَدْ شُرِعَ الرَّجْمُ بِالزِّنَا عِنْدَ اسْتِجْمَاعِهَا فَيُنَاطُ بِهِ، بِخِلَافِ الشَّرَفِ وَالْعِلْمِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ مَا وَرَدَ بِاعْتِبَارِهِمَا وَنَصْبُ الشَّرْعِ بِالرَّأْيِ مُتَعَذِّرٌ، وَلِأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُمْكِنَةٌ مِنَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ مُمْكِنٌ مِنَ الوَطْءِ الحَلَالِ، وَالْإِصَابَةُ شِبَعٌ بِالْحَلَالِ، وَالْإِسْلَامُ يُمَكِّنُهُ مِنْ نِكَاحِ المُسْلِمَةِ وَيُؤَكِّدُ اعْتِقَادَ الحُرْمَةِ

فشرطه ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام: «والثيب بالثيب لا يكون إلَّا بالدخول» وشرطنا أن يكون ذلك بالنكاح الصحيح لأنَّ الثيب على ما عليه أصل حال الآدمي من الحرية لا يتصوَّر بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح، فكان المقصود به تغليظ الجريمة لأنَّ الرجم أفْحَش العقوبات فيستدعي أغلظ الجنايات والجناية في الإقدام على الزنا بعد إصابة الحلال تكون أغلظ، ولهذا لا تشتَرط العفَّة عن الزنا في هذا الإحصان بخلاف إحصان القذف لأنَّ الزنا بعد الزنا أغلظ في الجريمة من الزنا بعد العفَّة.

قوله: بِخِلَافِ الشَّرَفِ وَالْعِلْمِ، متَّصل بقوله: وَهٰذِهِ الأَشْيَاءُ مِنْ جَلَائِلِ النِّعَمِ، لِمَا ذكر أنَّ تكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة فوجب الرَّجم لذلك على من زنىٰ بعد وجود هذه النعم الجليلة وردَّ عليه الشرف والعلم فإنَّهما أيضًا من أجل النعم ولم يشتَرطا، فأجاب بأنَّ الشرع لم يرد به.

قوله: وَالْإِصَابَةُ شِبَعٌ بِـ-الوطء-الحَلَالِ، يعني الإصابة بطريق الحلال يحصل الشبع.

فَيَكُونُ الكُلُّ مَزْجَرَةً عَنِ الزِّنَا، وَالْجِنَايَةُ بَعْدَ تَوَفُّرِ الزَّوَاجِرِ أَغْلَظُ وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي اشْتِرَاطِ الإِسْلَامِ وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَةٍ لَهُمَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - رَجَمَ يَهُودِيَّيْنِ قَدْ زَنَيَا» قُلْنَا: كَانَ ذٰلِكَ بِحُكْمِ التَّوْرَاةِ ثُمَّ نُسِخَ، يُؤَيِّدُهُ «قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - مَنْ أَشْرَكَ بِاللهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ».

وَالْمُعْتَبَرُ فِي الدُّخُولِ إِيلَاجٌ فِي القُبُلِ عَلَىٰ وَجْهٍ يُوجِبُ الغُسْلَ، وَشَرْطُ صِفَةِ الإِحْصَانِ فِيهِمَا عِنْدَ الدُّخُولِ، حَتَّىٰ لَوْ دَخَلَ بِالْمَنْكُوحَةِ الكَافِرَةِ أَوِ المَمْلُوكَةِ أَوِ المَجْنُونَةِ أَوِ الصَّبِيَّةِ لَا يَكُونُ مُحْصَنًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مَوْصُوفًا بِإِحْدَىٰ هٰذِهِ الصِّفَاتِ وَهِيَ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ عَاقِلَةٌ بَالِغَةٌ؛ لِأَنَّ النِّعْمَةَ بِذٰلِكَ لَا تَتَكَامَلُ إِذِ الطَّبْعُ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَةِ المَجْنُونَةِ، وَقَلَّمَا يَرْغَبُ فِي الصَّبِيَّةِ لِقِلَّةِ رَغْبَتِهَا فِيهِ وَفِي المَمْلُوكَةِ حَذَرًا عَنْ رِقِّ الوَلَدِ وَلَا ائْتِلَافَ مَعَ الِاخْتِلَافِ فِي الدِّينِ، وَأَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يُخَالِفُهُمَا فِي الكَافِرَةِ، ....

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مَوْصُوفًا بِإِحْدَىٰ هٰذِهِ الصِّفَاتِ، وهي الكفر والمملوكية والجنون والصبا أي لا تكون المرأة محصنةً وإن كان النكاح والدخول موجودين، كما لا يكون الرجل محصنًا إذا كانت المرأة موصوفة بإحدىٰ هذه الصفات عند الدخول، فإن قيل: كيف يتصوَّر أن يكون الزوج كافرًا والمرأة مسلمةً؟ قلنا: صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بِها الزوج قبل عرض الإسلام على الزوج.

وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تُحْصِنُ الْمُسْلِمَ الْيَهُودِيَّةُ وَلَا النَّصْرَانِيَّةُ وَلَا الْحُرَّ الْأَمَةُ وَلَا الْحُرَّةَ الْعَبْدُ».

قَالَ: (وَلَا يُجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الرَّجْمِ وَالْجَلْدِ) لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لَمْ يَجْمَعْ، وَلِأَنَّ الْجَلْدَ يَعْرَىٰ عَنِ الْمَقْصُودِ مَعَ الرَّجْمِ؛ لِأَنَّ زَجْرَ غَيْرِهِ يَحْصُلُ بِالرَّجْمِ إِذْ هُوَ فِي الْعُقُوبَةِ أَقْصَاهَا وَزَجْرُهُ لَا يَحْصُلُ بَعْدَ هَلَاكِهِ.

قَالَ: (وَلَا يُجْمَعُ فِي الْبِكْرِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالنَّفْيِ) وَالشَّافِعِيُّ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا حَدًّا «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ» وَلِأَنَّ فِيهِ حَسْمَ بَابِ الزِّنَا لِقِلَّةِ الْمَعَارِفِ، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿فَاجْلِدُوا﴾ [النور: ٢] جَعَلَ الْجَلْدَ كُلَّ الْمُوجَبِ رُجُوعًا إِلَىٰ حَرْفِ الْفَاءِ وَإِلَىٰ كَوْنِهِ كُلَّ الْمَذْكُورِ، وَلِأَنَّ فِي التَّغْرِيبِ فَتْحَ بَابِ الزِّنَا لِانْعِدَامِ

قوله: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلىٰ قوله: وَلَا ائْتِلَافَ مَعَ الِاخْتِلَافِ فِي الدِّينِ.

قوله: لِقِلَّةِ المَعَارِفِ، أي لقلَّة من يعرفهم ويعرفونه من الأحبَّاء والحبيبات لِمَا أنَّ الزنا إنَّما ينشأ من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطعٌ لهذا.

قوله: رُجُوعًا إِلَىٰ حَرْفِ الفَاءِ، لأنه يقتضي أن يكون جزاءً والجزاء إنَّما يكون كافيًا لأنه من جزء بالهمزة أي كفىٰ أو إلىٰ كونه كل المذكور فيكون كلُّ المراد إذ الموضع موضع الحاجة إلى البيان فلو أوْجبنا معه التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون

الِاسْتِحْيَاءِ مِنَ الْعَشِيرَةِ ثُمَّ فِيهِ قَطْعُ مَوَادِّ الْبَقَاءِ، فَرُبَّمَا تَتَّخِذُ زِنَاهَا مَكْسَبَةً وَهُوَ مِنْ أَقْبَحِ وُجُوهِ الزِّنَا، وَهَٰذِهِ الْجِهَةُ مُرَجِّحَةٌ لِقَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ -: كَفَىٰ بِالنَّفْيِ فِتْنَةً، وَالْحَدِيثُ مَنْسُوخٌ كَشَطْرِهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ» وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ.

نسخًا، ثمَّ قوله: فِيهِ قَطْعُ مَوَادِّ الْبَقَاءِ، فإنَّها إذا تباعدت عن الأهل والوطن أخْرجها إنقطاع مادة المعاش عنها إلى التكسيب بالزنا وفيه قطع مادة البقاء بتضييع الماء وعلوق ولد لا يقوم أحد يربيه وهذا أقوىٰ ممَّا قاله لأنَّ ما ينشأ من الصحبة والمؤانسة يكون مكتومًا وما ينشأ من الوقاحة وخلاعة العذار يكون مشهورًا وهو أفْحَش.

قوله: وَهَٰذِهِ الْجِهَةُ مُرَجِّحَةٌ، أي هذه الجهة من العلَّة أقوىٰ من علَّة الخصم لشهادة قول عليٍّ رضي الله عنه بصحَّة ما قلنا.

قوله: وَالْحَدِيثُ مَنْسُوخٌ كَشَطْرِهِ، وهو الجمع بين الجلد والرجم وليس هذا إثبات النسخ بالقياس فإنه لا يجوز ولكن انتساخ أحد شطريه دليلٌ بعدمه على آية الجدل فنسخ الحديث بشطريه بآية الجلد ثمَّ انتسخت قضية الآية في حقِّ المسلم المحصن بحديث ماعز فاستقرَّت الشريعة.

قوله: وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ، وهو ما ذُكر في حديث العرنيين فإنَّ قوله عليه الصلاة والسلام: «استنزِهوا من البَوْل» يعارضه أمره عليه الصلاة والسلام للعرنيين بشرب أبوال الإبل رجعنا إلى التاريخ، وقلنا قد قام دليل سبق حديث العرنيين وهو أنه تعلق به شيئان: المُثلة وإباحة شرب البول، ثمَّ المُثلة لمَّا ثبت أنَّها كانت في ابتداء الإسلام ثمَّ نسخت فثَبَت أنَّ إباحة الشرب صارت منسوخةً بقوله: «استنزِهوا من البول» لأنَّها شطر

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَرَى الإِمَامُ فِي ذٰلِكَ مَصْلَحَةً فَيُغَرِّبَهُ عَلَىٰ قَدْرِ مَا يَرَىٰ) وَذٰلِكَ تَعْزِيرٌ وَسِيَاسَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُفِيدُ فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ فَيَكُونُ الرَّأْيُ فِيهِ إِلَى الإِمَامِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ النَّفْيُ المَرْوِيُّ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ

حديث العرنيين فكذلك ههنا قد قام الدليل على تقدُّم الحديث على قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ [النور: ٢] الآية، وذلك أنَّ حكم الزِّنا كان في ابتداء الإسلام الحبس في البيوت والإيذاء باللسان بقوله تعالىٰ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي ٱلْبُيُوتِ﴾ [النساء: ١٥] وبقوله تعالى: ﴿فَـَٔاذُوهُمَاۖ﴾ [النساء: ١٦] ثمَّ نسخ ذلك بالحديث وهو ما رُوِيَ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه خَرَجَ يومًا فقال: «قد جعل الله تعالىٰ لهنَّ سبيلاً خذوا عني الثيِّب بالثيِّب جلد مائةٍ ورجم بالحجارة، والبكر بالبكر جلد مائةٍ وتغريب عام» فلو كان قوله تعالىٰ: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ قد نَزل قبل هذا الحديث لَقَال عليه الصلاة والسلام: «خذوا عن الله» فلمَّا قال «خذوا عني» عُلِم أنَّ قوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ لم يكن نزل ثمَّ نسخ بقوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ الآية، فإذا ثَبَت نسخ شطر الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الثيِّب بالثيِّب» الحديث، بقوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ فكذلك الشطر الثاني.

قوله: فَيُغَرِّبَهُ عَلَىٰ قَدْرِ مَا يَرَىٰ، وَذٰلِكَ تَعْزِيرٌ وَسِيَاسَةٌ، لا حدٌّ فلا يختصُّ بالزنا بل يجوز في كلِّ جنايةٍ والرأيُ فيه إلى الإمام، ألا ترىٰ أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام نفى «هيت» المخنث، ونفىٰ عُمر رضي الله تعالى عنه «نضر بن الحجَّاج» وكان غلامًا صبيحًا يفتتن به النساء، والجمالُ لا يوجب النفيَ ولكن فعل ذلك للمصلحة، فإنه قال: ما ذنبي يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا ذنب لك وإنَّما الذنب عليَّ حيث لا أطهر دار الهجرة عنكَ، وتغريب النبي عليه الصلاة والسلام والصحابة ما كان بطريق الحدِّ بل بطريق السياسة، ألا ترىٰ أنَّ عُمر رضي الله تعالى عنه ترك ذاك فإنه نفىٰ زانيًا فارتدَّ فلحق بالروم فحلفَ أن لا ينفي أحدًا بعد ذلك، فلو كان مشروعًا لما حَلَفَ أن لا يقيمه.

(وَإِذَا زَنَى المَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجْمُ رُجِمَ) ؛ لِأَنَّ الإِتْلَافَ مُسْتَحَقٌّ فَلَا يَمْتَنِعُ بِسَبَبِ المَرَضِ (وَإِنْ كَانَ حَدُّهُ الجَلْدَ لَمْ يُجْلَدْ حَتَّىٰ يَبْرَأَ) كَيْلَا يُفْضِيَ إِلَى الهَلَاكِ وَلِهٰذَا لَا يُقَامُ القَطْعُ عِنْدَ شِدَّةِ الحَرِّ وَالْبَرْدِ.

(وَإِنْ زَنَتِ الحَامِلُ لَمْ تُحَدَّ حَتَّىٰ تَضَعَ حَمْلَهَا) كَيْلَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ هَلَاكِ الوَلَدِ وَهُوَ نَفْسٌ مُحْتَرَمَةٌ.

(وَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الجَلْدَ لَمْ تُجْلَدْ حَتَّىٰ تَتَعَالَىٰ مِنْ نِفَاسِهَا) أَيْ تَرْتَفِعَ يُرِيدُ بِهِ تَخْرُجُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ النِّفَاسَ نَوْعُ مَرَضٍ فَيُؤَخَّرُ إِلَىٰ زَمَانِ البُرْءِ، بِخِلَافِ الرَّجْمِ؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لِأَجْلِ الوَلَدِ وَقَدِ انْفَصَلَ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُؤَخَّرُ إِلَىٰ أَنْ يَسْتَغْنِيَ وَلَدُهَا عَنْهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ يَقُومُ بِتَرْبِيَتِهِ؛ لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ صِيَانَةَ الوَلَدِ عَنِ الضَّيَاعِ، وَقَدْ رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ لِلْغَامِدِيَّةِ بَعْدَمَا وَضَعَتْ: ارْجِعِي حَتَّىٰ يَسْتَغْنِيَ وَلَدُكِ» ثُمَّ الحُبْلَىٰ تُحْبَسُ إِلَىٰ أَنْ تَلِدَ إِنْ كَانَ الحَدُّ ثَابِتًا بِالْبَيِّنَةِ كَيْ لَا تَهْرُبَ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ عَنْهُ عَامِلٌ فَلَا يُفِيدُ الحَبْسُ.

قوله: وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لِلْغَامِدِيَّةِ بَعْدَمَا وَضَعَتْ: «ارْجِعِي حَتَّىٰ يَسْتَغْنِيَ وَلَدُكِ»، فقالت: إنِّي أخافُ أن أموت قبل أن أحدَّ، فقال رجل: أنا أقوم بتَربية ولدها، فأمر رسول الله عليه الصلاة والسلام برجمها، فدلَّ أنَّ الحكم هو التأخير عن هذا الزمان إذا لم يكن لولدها مُربٍّ، كذا في مبسوط فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ، والله أعلم بالصواب.

بَابُ الوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الحَدَّ وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ

قَالَ: (الْوَطْءُ المُوجِبُ لِلْحَدِّ هُوَ الزِّنَا) وَإِنَّهُ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ وَاللِّسَانِ: وَطْءُ الرَّجُلِ المَرْأَةَ فِي القُبُلِ فِي غَيْرِ المِلْكِ، وَشُبْهَةِ المِلْكِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَحْظُورٌ، وَالْحُرْمَةُ عَلَى الإِطْلَاقِ عِنْدَ التَّعَرِّي عَنِ المِلْكِ وَشُبْهَتِهِ، يُؤَيِّدُ ذٰلِكَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «ادْرَءُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» ثُمَّ الشُّبْهَةُ نَوْعَانِ: شُبْهَةٌ فِي الفِعْلِ وَتُسَمَّىٰ شُبْهَةَ اشْتِبَاهٍ، وَشُبْهَةٌ فِي المَحَلِّ

باب الوطءِ الذي يوجب الحَدّ

قوله: وَطْءُ الرَّجُلِ المَرْأَةَ فِي القُبُلِ فِي غَيْرِ المِلْكِ، وَشُبْهَةِ المِلْكِ، فإن قيل: المرأة تحدُّ حدَّ الزنا ولا يصدق الحدُّ علىٰ فعلها وإنه زنىٰ بدليل إقامة الحدِّ عليها، وكذا يحدُّ قاذفها، قلنا: ذاك داخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعًا، فلمَّا تحقَّق المحدود بتمكينها ثبت في حقِّها أيضًا فلهذا أضيف إليها ووجب الحدُّ عليها أيضًا تبعًا للرجل، دلَّ عليه أنه إذا امتنع في حقِّ الرجل بأن مكَّنت البالغة العاقلة صبيًّا أو مجنونًا لا يجب عليها الحدُّ أيضًا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، لعدم التمكين من فعل هو زنا لأنَّ فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يتحقق الزنا بتمكينها فلم يجب عليها، والبالغ العاقل إذا زنىٰ بصبية أو مجنونة حدَّ دونَها لتحقُّق الزنا من الرجل ولا حدَّ عليها وإن مكَّنت من الزنا لأنَّها غير مخاطبة.

قوله: وَتُسَمَّىٰ شُبْهَةَ اشْتِبَاهٍ، أي هي شبهةٌ في حقِّ من اشتبه عليه وليست بشبهة في حقِّ من لم يشتبه عليه، حتَّىٰ لو قال: علمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ، حدَّ.

وَتُسَمَّىٰ شُبْهَةً حُكْمِيَّةً، فَالْأُولَىٰ تَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ مَنِ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يُظَنَّ غَيْرُ الدَّلِيلِ دَلِيلًا وَلَا بُدَّ مِنَ الظَّنِّ لِيَتَحَقَّقَ الِاشْتِبَاهُ، وَالثَّانِيَةُ تَتَحَقَّقُ بِقِيَامِ الدَّلِيلِ النَّافِي لِلْحُرْمَةِ فِي ذَاتِهِ وَلَا تَتَوَقَّفُ عَلَىٰ ظَنِّ الجَانِي وَاعْتِقَادِهِ، وَالْحَدُّ يَسْقُطُ بِالنَّوْعَيْنِ لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ، وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ فِي الثَّانِيَةِ إِذَا ادَّعَى الوَلَدَ، وَلَا يَثْبُتُ فِي الأُولَىٰ وَإِنِ ادَّعَاهُ لِأَنَّ الفِعْلَ تَمَحَّضَ زِنًا فِي الأُولَىٰ؛ وَإِنْ سَقَطَ الحَدُّ لِأَمْرٍ رَاجِعٍ إِلَيْهِ وَهُوَ اشْتِبَاهُ الأَمْرِ عَلَيْهِ وَلَمْ يَتَمَحَّضْ فِي الثَّانِيَةِ، فَشُبْهَةُ الفِعْلِ فِي ثَمَانِيَةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَزَوْجَتِهِ، وَالْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا وَهِيَ فِي العِدَّةِ،

قوله: وَتُسَمَّىٰ شُبْهَةً حُكْمِيَّةً، أي ناشئةً عن دليل الشرع.

قوله: لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يُظَنَّ غَيْرُ الدَّلِيلِ دَلِيلًا، كما إذا ظنَّ أنَّ جارية زوجته تحلُّ له بناءً علىٰ أنَّ الوطء نوع استخدام والاستخدام يحلُّ فكذا الوطء.

قوله: وَالثَّانِيَةُ تَتَحَقَّقُ، أي تكون شبهةً في حق الكلِّ.

قوله: لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «اِدْرَؤُا الحدودَ بالشُّبهات».

قوله: جَارِيَةُ أَبِيهِ، وكذا جارية جدِّه وإن علا.

قوله: وَالْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا وَهِيَ فِي العِدَّةِ، لأنَّ بعض أحكام النكاح قائمٌ بعد الطلاق الثلاث من النفقة والسكنىٰ وحرمة نكاح الأخت وثبوتِ النسب لو جاءت بولدٍ إلى سنتين، فإن قيل: بين الناس اختلاف أنَّ من طلَّق امرأته ثلاثًا هل يقعُ أم لا؟ فينبغي أن يصير ذلك شبهةً في إسقاط الحدِّ، قلنا: هذا خلاف غير معتدٍّ به حتّىٰ لا يسع للقاضي أن يقضي به، ولو قضىٰ لا ينفذ، أرأيتَ لو وطئها بعد العدَّة أكنَّا نسقط الحدُّ عنه بقول من يقول لا يقعُ.

وَبَائِنًا بِالطَّلَاقِ عَلَىٰ مَالٍ وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَأُمُّ وَلَدٍ أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَجَارِيَةُ المَوْلَىٰ فِي حَقِّ العَبْدِ، وَالْجَارِيَةُ المَرْهُونَةُ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الحُدُودِ، فَفِي هٰذِهِ المَوَاضِعِ لَا حَدَّ عَلَيْهِ إِذَا

قوله: وَبَائِنًا بِالطَّلَاقِ عَلَىٰ مَالٍ، وإنَّما قيَّد البينونة بالمال لأنَّ البينونة إذا حصلت بدون المال فوطئها في العدَّة فلا حدَّ عليه وإن قال علمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ.

قوله: وَالْجَارِيَةُ المَرْهُونَةُ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الحُدُودِ، لأنَّ الثابت له يد الاستيفاء والاستيفاء من عينها لا يتصوَّرُ وإنَّما يتصوَّر من ماليتها فلم يصادف الوطء محلَّ الاستيفاء فلم تثبت شبهة المحلِّ قياسًا على الإجارة فإنَّ عقد الإجارة لمَّا لم يفد ملك المتعة بحالٍ لم يورث قيام الإجارة في المحلِّ شبهةً حكميةً، فعلىٰ هذا كان ينبغي أن يجب عليه الحدُّ اشتبه أو لم يشتبه، كما في الجارية المستأجرة، إلَّا أنه لا يجب عليه الحدُّ إذا اشتبَه عليه لأنه اشتبه عليه ما يشتبهه لأنَّ ملك المال في الجملة سبب لملك المتعة وإن لم يكن سببًا في الرهن وقد انعقد له سبب الملك في حقِّ المال فيشتبه عليه أنه هل يثبت بِهذا القدر ملك المتعة، بخلاف الإجار ة لأنَّ الثابت بالإجارة ملك المنفعة ولا يتصوَّر أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه، ووجه رواية كتاب الرهن أنه إذا وطئ جاريةً انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحدُّ اشتبه أو لم يشتبه قياسًا على ما لو وطئ أمةً اشتَراها على أنَّ البائع بالخيار، وإنَّما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لأنه بالهلاك يصير مستوفيًا حقَّه من وقت الرهن، وإذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال ويأخذ حقيقة الملك وقت الهلاك، والجواب عن هذا أنَّ البيع بخيار الشرط إنَّما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لِمِلْك المتعة فقد انعقد له سبب الملك المتعة، وههنا إنَّما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له سبب ملك المتعة بحال من الأحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة، كذا في

قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي، وَلَوْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ وَجَبَ الحَدُّ.

وَالشُّبْهَةُ فِي المَحَلِّ فِي سِتَّةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ ابْنِهِ، وَالْمُطَلَّقَةُ طَلَاقًا بَائِنًا بِالْكِنَايَاتِ، وَالْجَارِيَةُ المَبِيعَةُ فِي حَقِّ البَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَالْمَمْهُورَةُ فِي حَقِّ الزَّوْجِ قَبْلَ القَبْضِ، وَالْمُشْتَرِكَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَالْمَرْهُونَةُ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهْنِ، فَفِي هٰذِهِ المَوَاضِعِ لَا يَجِبُ الْحَدُّ وَإِنْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ، ثُمَّ الشُّبْهَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - تَثْبُتُ بِالْعَقْدِ وَإِنْ كَانَ مُتَفَقًا عَلَىٰ تَحْرِيمِهِ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ، وَعِنْدَ البَاقِينَ لَا تَثْبُتُ إِذَا عَلِمَ بِتَحْرِيمِهِ، وَيَظْهَرُ ذٰلِكَ فِي نِكَاحِ الْمَحَارِمِ عَلَىٰ مَا يَأْتِيكَ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، إِذَا عَرَفْنَا هٰذَا.

(وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ وَقَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حُدَّ) لِزَوَالِ المِلْكِ المُحَلِّلِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَتَكُونُ الشُّبْهَةُ مُنْتَفِيَةً وَقَدْ نَطَقَ الكِتَابُ بِانْتِفَاءِ الحِلِّ وَعَلَىٰ ذٰلِكَ الإِجْمَاعُ، وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُ الْمُخَالِفِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ خِلَافٌ لَا اخْتِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي

الذخيرة، وذكر في الإيضاح: وأمَّا المرهونة إذا وطئها المرتَهن وقال: ظننتُ أنَّها تحلُّ لي، فقد ذكر في كتاب الرهن أنه لا يجب عليه الحدُّ، وذكر في كتاب الحدود أنه يحدُّ ولا يعتبَر ظنُّه لأن الاستفياء من عينها لا يتصوَّر وإنَّما يتصوَّر من معناها فلم يكن الوطء حاصلاً في محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالغريم إذا وطئ جارية الميِّت.

قوله: وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُ الْمُخَالِفِ فِيهِ، وهو قول الروافض، فعند الزيدية بإيقاع

لَا يُحَدُّ لِأَنَّ الظَّنَّ فِي مَوْضِعِهِ لِأَنَّ أَثَرَ المِلْكِ قَائِمٌ فِي حَقِّ النَّسَبِ وَالْحَبْسِ وَالنَّفَقَةِ فَاعْتُبِرَ ظَنُّهُ فِي إِسْقَاطِ الحَدِّ، وَأُمُّ الوَلَدِ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَالْمُخْتَلِعَةُ وَالْمُطَلَّقَةُ عَلَىٰ مَالٍ بِمَنْزِلَةِ المُطَلَّقَةِ الثَّلَاثَ لِثُبُوتِ الْحُرْمَةِ بِالْإِجْمَاعِ وَقِيَامِ بَعْضِ الآثَارِ فِي العِدَّةِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِّيَّةٌ أَوْ أَمْرُكِ بِيَدِكِ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ وَقَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ لَمْ يُحَدَّ) لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فِيهِ؛ فَمِنْ مَذْهَبِ عُمَرَ أَنَّهَا تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي سَائِرِ الجِنَايَاتِ وَكَذَا إِذَا نَوَىٰ ثَلَاثًا لِقِيَامِ الِاخْتِلَافِ مَعَ ذَٰلِكَ (وَلَا حَدَّ عَلَىٰ مَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا

الثلاث جملةً تقع واحدةً رجعيةً، وعند الإمامية لا يقعُ شيءٌ ويزعمون أنه قول عليٍّ رضي الله عنه فينبغي أن يصير ذلك شبهةً في المحلِّ كقول عُمر رضي الله عنه في الكنايات، إلَّا أنه قولٌ مهجورٌ مخالفٌ لقول الجمهور فلا يؤثر في إيراث الشبهة في المحلِّ، فقد صحَّ عن عليٍّ رضي الله عنه أنه يقع الثلاث جملةً فيكون ذلك خلافًا لا اختلافًا، أي قولاً بلا دليلٍ لا اختلافًا ناشئًا عن دليلٍ فلا يعتبَرُ.

قوله: وَكَذَا إِذَا نَوَىٰ ثَلَاثًا لِقِيَامِ الِاخْتِلَافِ مَعَ ذَٰلِكَ، فإنَّ مذهب عُمر رضي الله عنه في ذلك أنه تقع واحدةً رجعيَّةً أيضًا وابن مسعود رضي الله عنه معه في قوله «أمركِ بيدكِ» في أنه تقع واحدة رجعيةً إذا نوىٰ ثلاثًا.

قوله: وَوَلَدِ وَلَدِهِ، أي وإن كان ولده حيًّا، وفي خزانة الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا زنىٰ بجارية نافلته والأب في الإحياء وقال: علمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ لا يحدُّ

عَلَيَّ حَرَامٌ) لِأَنَّ الشُّبْهَةَ حُكْمِيَّةٌ لِأَنَّهَا نَشَأَتْ عَنْ دَلِيلٍ وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» وَالْأُبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الجَدِّ.

قَالَ (وَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الجَارِيَةِ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ (وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ زَوْجَتِهِ وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَىٰ قَاذِفِهِ، وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حُدَّ، وَكَذَا العَبْدُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ مَوْلَاهُ) لِأَنَّ بَيْنَ هٰؤُلَاءِ انْبِسَاطًا فِي الِانْتِفَاعِ فَظَنَّهُ فِي الِاسْتِمْتَاعِ فَكَانَ شُبْهَةَ اشْتِبَاهٍ إِلَّا أَنَّهُ زِنًا حَقِيقَةً فَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ، وَكَذَا إِذَا قَالَتِ الجَارِيَةُ: ظَنَنْتُ أَنَّهُ يَحِلُّ لِي وَالْفَحْلُ لَمْ يَدَّعِ فِي الظَّاهِرِ لِأَنَّ الفِعْلَ

ويثبت النسب.

قوله: وَالْأُبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الجَدِّ، في الكافي: والجدُّ كالأب لأنَّ الشبهة نشأت من جهة الأبوة وهي قائمةٌ لكن لا يثبت نسبه عند قيام الأب، هذا يخالف ما ذكر في الخزانة.

قوله: وَالْفَحْلُ لَمْ يَدَّعِ فِي الظَّاهِرِ، أي في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ الجارية إن ادعت الحلَّ ولم يدع الفحل حُدَّ لأنَّ المرأة تابعة في فعل الزنا فالشبهة المتمكنة في جانب التبع لا تعتبَر في جانب الأصل، بخلاف ما إذا ادعى الرجل الظنَّ لأنه أصلٌ في الفعل، فإن قيل: يشكل هذا بما إذا زنى البالغ بصبيةٍ حيث يجب الحدُّ على البالغ دون الصبية مع أنَّ الفعل هناك أيضًا واحد، قلنا: نعم كذلك إلَّا أنَّ سقوط الحدِّ عن الصبية باعتبار عدم الأهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة فلذلك اختصَّ عدم الوجوب هناك بالصبية، وأمَّا هنا عدم الوجوب على الجارية باعتبار الشبهة والشبهة إذ تمكَّنت في فعلٍ واحدٍ من أحد الجانبين تؤثر في الجانب الآخر لا محالة.

وَاحِدٌ (وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَوْ عَمِّهِ وَقَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي حُدَّ) لِأَنَّهُ لَا انْبِسَاطَ فِي المَالِ فِيمَا بَيْنَهُمَا وَكَذَا سَائِرُ المَحَارِمِ سِوَى الوِلَادِ لِمَا بَيَّنَّا.

(وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ وَقَالَتِ النِّسَاءُ: إِنَّهَا زَوْجَتُكَ فَوَطِئَهَا لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ المَهْرُ) قَضَىٰ بِذَٰلِكَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَبِالْعِدَّةِ، وَلِأَنَّهُ اعْتَمَدَ دَلِيلًا وَهُوَ الإِخْبَارُ فِي مَوْضِعِ الِاشْتِبَاهِ، إِذِ الإِنْسَانُ لَا يُمَيِّزُ بَيْنَ امْرَأَتِهِ وَبَيْنَ غَيْرِهَا فِي أَوَّلِ الوَهْلَةِ فَصَارَ كَالْمَغْرُورِ، وَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ المِلْكَ مُنْعَدِمٌ حَقِيقَةً (وَمَنْ وَجَدَ امْرَأَةً عَلَىٰ فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا فَعَلَيْهِ الحَدُّ) لِأَنَّهُ

قوله: وَكَذَا سَائِرُ المَحَارِمِ سِوَى الوِلَادِ لِمَا بَيَّنَّا، أي لا انبساط في المال فلم يكن الظنُّ مستندًا إلىٰ دليل، فإن قيل: لِمَ لم يجعل هذا كالسرقة يعني إذا سرق من مال أخيه وأخته لا يقطع، قلنا: لأنَّ بعضهم هناك يدخل بيت البعض من غير استئذان وحشمةٍ فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز، وأمَّا ههنا فالحلُّ دائرٌ مع الملك أو العقد ولم يوجد الحلّ ولا شبهة فيجب الحد.

قوله: وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ، والمزفوفة وإن كانت الشبهة فيها شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته إلَّا أنَّ الشارع أنزل الإخبار بالملك كالمتحقق دفعًا لضرر الغرور، ولهذا قلنا بثبوت نسبه، كمن اشترىٰ جاريةً ووطئها ثم استحقَّت فإنه يعتبر الملك كالثابت في المحل لدفع ضرر الغرور، كذا هنا.

قوله: وَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإنَّ إحصانه لا يسقط عنده لأنه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالاً له في الظاهر فلا

لَا اشْتِبَاهَ بَعْدَ طُولِ الصُّحْبَةِ فَلَمْ يَكُنِ الظَّنُّ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ دَلِيلٍ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ قَدْ يَنَامُ عَلَىٰ فِرَاشِهَا غَيْرُهَا مِنَ المَحَارِمِ الَّتِي فِي بَيْتِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ أَعْمَىٰ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّمْيِيزُ بِالسُّؤَالِ وَغَيْرِهِ، إِلَّا إِنْ كَانَ دَعَاهَا فَأَجَابَتْهُ أَجْنَبِيَّةٌ وَقَالَتْ: أَنَا زَوْجَتُكَ فَوَاقَعَهَا لِأَنَّ الإِخْبَارَ دَلِيلٌ.

(وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَلٰكِنْ يُوجَعُ عُقُوبَةً إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذٰلِكَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: عَلَيْهِ الحَدُّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَمْ يُصَادِفْ مَحَلَّهُ فَيَلْغُو كَمَا إِذَا أُضِيفَ إِلَى الذُّكُورِ، وَهٰذَا لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ، وَحُكْمُهُ الحِلُّ وَهِيَ مِنَ المُحَرَّمَاتِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ العَقْدَ صَادَفَ مَحَلَّهُ لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ

يسقط إحصانه، ولكنَّا نقول: لمَّا تبيَّن الأمر بخلاف الظاهر إنَّما بقي اعتبار الظاهر في إيراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحدُّ ولكن لا يقام الحدُّ، كذا في المبسوط.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّهُ قَدْ يَنَامُ عَلَىٰ فِرَاشِهَا غَيْرُهَا مِنَ المَحَارِمِ، أي لا يصلح مجرد النوم علىٰ فراشه دليلاً شرعيًّا فكان مُقَصِّرًا فيجب الحدُّ.

قوله: فَأَجَابَتْهُ أَجْنَبِيَّةٌ وَقَالَتْ: أَنَا زَوْجَتُكَ، ولو لم تقل أنا زوجتك لكن أجابته بالفعل يحدُّ، كذا في الإيضاح.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَىٰ: عَلَيْهِ الحَدُّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِذٰلِكَ، أي عالماً بالحرمة، وإن قال: ظننتُ أنَّها تحلُّ لي لا يحد عندهما أيضًا.

مَا يُقْبَلُ مَقْصُودُهُ، وَالْأُنْثَىٰ مِنْ بَنَاتِ آدَمَ قَابِلَةٌ لِلتَّوَالُدِ وَهُوَ المَقْصُودُ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَنْعَقِدَ فِي جَمِيعِ الأَحْكَامِ إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ إِفَادَةِ حَقِيقَةِ الحِلِّ فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مَا يُشْبِهُ الثَّابِتَ لَا نَفْسَ الثَّابِتِ، إِلَّا أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ.

(وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الفَرْجِ يُعَزَّرُ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ (وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي المَوْضِعِ المَكْرُوهِ أَوْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ، وَزَادَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُودَعُ فِي السِّجْنِ، وَقَالَا: هُوَ كَالزِّنَا فَيُحَدُّ) وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ، وَقَالَ فِي قَوْلٍ يُقْتَلَانِ بِكُلِّ حَالٍ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اُقْتُلُوا الفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ» وَيُرْوَىٰ «فَارْجُمُوا الأَعْلَىٰ وَالْأَسْفَلَ» وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَى الزِّنَا لِأَنَّهُ قَضَاءُ

قوله: وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الفَرْجِ، كالتفخيذ والتبطين.

قوله: وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي المَوْضِعِ المَكْرُوهِ ... فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ، وفي روضة الإمام الزندويسي رحمه الله تعالىٰ: الخلاف في الغلام، أمَّا لو وطئ امرأةً في الموضع المكروه منها يحدُّ بلا خلافٍ، والأصحُّ أنَّ الكل على الخلاف، نصَّ عليه في الزيادات، ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته لا يحدُّ بلا خلافٍ.

قوله: وَقَالَا: هُوَ كَالزِّنَا فَيُحَدُّ، أي يرجمان إن كانا محصنين، ويجلدان إن كانا غير محصنين.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَى الزِّنَا، أي في المعنى الذي تعلَّق به الحدُّ من كل وجهٍ فيُحَدُّ دلالةً، وهذا لأنَّ الحد إنَّما وجب ثمَّة لأنه قضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتهى

الشَّهْوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشْتَهًى عَلَىٰ سَبِيلِ الكَمَالِ عَلَىٰ وَجْهٍ تَمَحَّضَ حَرَامًا

على سبيل الكمال على وجه تمحض حرامًا، وهي مثله في هذا بل أزيد فسفح الماء هنا أبلغ لأنه يتوهم أن يكون ذلك حرثًا لولدٍ يعبد ربه ولا يتوهَّم ههنا فكان تضييع الماء هنا أبين، والمحلُّ إنَّما يصير مشتهى طبعًا بالحرارة واللين وأنه مثل القُبُل في هذا وتمحُّض الحرمة هنا أبين لأنَّ تلك الحرمة تنكشف بكاشف كالنكاح والشراء ولا كذلك هنا، وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه، فعن الصديق رضي الله عنه: يحرقان بالنار، وعن علي رضي الله عنه: يجلدان إن كانا غير محصنين ويرجمان إن كانا محصنين، وعن ابن عباس رضي الله عنه: ينكسان من أعلى المواضع ويتبعان بالحجارة، وعن ابن الزبير رضي الله عنه: يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا نتنًا، وعن بعضهم: يهدم عليهما الجدار، ولا يظنُّ بِهم الاجتهاد في موضع النصِّ فكان هذا اتفاقًا علىٰ أنَّها ليست بزنا، ولا يمكنُ إيجاب حدِّ الزنا بغير الزنا ولا يمكن إلحاقها بالزنا بالدلالة لأنَّها قصرت عنه في المعانِي الداعية إلىٰ شرع الحدِّ فلا يوجب الحدُّ، وهذا لأنَّ الحدود شرعت للزجر فلا بُدَّ من وجود الداعي طبعًا ليبعثه على الفعل فيشرع الحدُّ زجرًا، ألا ترىٰ أنَّ الحد شرع في شرب الخمر دون البول وإن استويا حرمةً لتباينهما داعيًا فالرغبة في الزنا من الجانبين فيكثر وقوعه فيستدعي شرع الزاجر والرغبة هنا من جانب الفاعل فأمَّا صاحبه ينبو عن هذا الفعل على ما عليه الجبلَّة السليمة فيندرُ وقوعها فلا يستدعي شرع الزاجر وفي الزنا إفساد الفراش وإهلاك الولد لأنَّ ولد الزنا هالكٌ حكمًا لعدم من يربيه دونَها فتقاصرت عنه في المعانِي الداعية إلىٰ شرع الزاجر فلا يلحق به خصوصًا فيما يدرأُ بالشبهات، ولا يجوز جبْر هذا القصور بزيادة الحرمة لأنَّ ذا يكون قياسًا ولا مدخل له في الحدود، فإن قيل: إنَّما وجب حدُّ الزنا بِها لأنَّها زنا ففي الحديث: «إذا أتى الرَّجلُ الرَّجلَ فهما زانيان» ولأنه فاحشة وهيَ فاحشةٌ أيضًا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً﴾ [الإسراء: ٣٢] وقوله تعالى: ﴿أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ﴾ [الأعراف: ٨٠] فكانت زنًا؟ قلنا: هيَ ليست بزنا

لِقَصْدِ سَفْحِ المَاءِ، وَلَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِزِنًا لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فِي مُوجِبِهِ مِنَ الإِحْرَاقِ بِالنَّارِ وَهَدْمِ الجِدَارِ وَالتَّنْكِيسِ مِنْ مَكَان مُرْتَفِعٍ بِاتِّبَاعِ الأَحْجَارِ وَغَيْرِ ذٰلِكَ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الزِّنَا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِضَاعَةُ الوَلَدِ وَاشْتِبَاهُ الأَنْسَابِ، وَكَذَا هُوَ أَنْدَرُ وُقُوعًا لِانْعِدَامِ الدَّاعِي مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ وَالدَّاعِي إِلَى الزِّنَا مِنَ الجَانِبَيْنِ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ أَوْ عَلَى المُسْتَحِلِّ إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِنْدَهُ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

(وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً لَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الزِّنَا فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً وَفِي وُجُودِ الدَّاعِي لِأَنَّ الطَّبْعَ السَّلِيمَ يَنْفِرُ عَنْهُ وَالْحَامِلُ عَلَيْهِ نِهَايَةُ السَّفَهِ أَوْ فَرْطُ الشَّبَقِ وَلِهٰذَا لَا يَجِبُ سَتْرُهُ إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لِمَا بَيَّنَّاهُ،

حقيقةً لأنه ينفي عنه هذا الاسم فيقال لاط وما زنى، واتفقت الصحابة رضي الله عنهم أنَّها ليست بزنا لأنَّهم عرفوا نصَّ الزنا واختلفوا في موجبها.

قوله: وَمَا رَوَاهُ - أي الشافعي رحمه الله تعالى - مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، لأنه أمر بالقتل المطلق وذا يكون سياسةً أو على المستحلِّ فإنه يصير مرتدًا فيقتل لذلك.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِنْدَهُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يوجب التعزير عينًا لأنه ارتكب محظورًا وأنه ليس بزنا عنده فيجب التعزير عينًا وللإمام أن يقتله إذا اعتاد الفاعل أو المفعول به ذلك.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَجِبُ سَتْرُهُ، أي ستْر فرج البهيمة، وذكر البهيمة بمنزلة ذكره ولهذا أضْمَر، ولو كان في الطبع داعٍ إليه لوجب ستْر ذلك الموضع كالقُبُل والدُّبُر.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى قوله: ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ

وَالَّذِي يُرْوَىٰ أَنَّهُ تُذْبَحُ البَهِيمَةُ وَتُحْرَقُ فَذٰلِكَ لِقَطْعِ التَّحَدُّثِ بِهِ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ (وَمَنْ زَنَىٰ فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ فِي دَارِ البَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الحَدُّ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - يُحَدُّ لِأَنَّهُ التَزَمَ بِإِسْلَامِهِ أَحْكَامَهُ أَيْنَمَا كَانَ مَقَامُهُ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تُقَامُ الحُدُودُ فِي دَارِ الحَرْبِ» وَلِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الِانْزِجَارُ وَوِلَايَةُ الإِمَامِ مُنْقَطِعَةٌ فِيهِمَا فَيُعَرَّى الوُجُوبُ عَنِ الفَائِدَةِ، وَلَا تُقَامُ بَعْدَ مَا خَرَجَ

مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ.

قوله: وَالَّذِي يُرْوَىٰ أَنَّهُ تُذْبَحُ البَهِيمَةُ، رُوِيَ عن عليٍّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أتى برجل أتىٰ بَهيمةً فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار، وهذا ليس بواجبٍ عندنا، وتأويله أنه فعل كذلك كي لا يُعيِّر الرجل بِها إذا كانت البهيمة باقيةً، كذا في المبسوط، ثمَّ إن كانت الدابة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق لِمَا رُوِيَ عن علي رضي الله عنه، ولا تحرق قبل الذَّبح، وضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت لغيره لأنَّها قُتِلت لأجله، وإن كانت ممَّا يؤكل تذبح فتُؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا تحرق بالنار، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحرق، ويضمن إن كانت لغيره.

قوله: ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا، وأقرَّ عند الإمام.

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُقَامُ الحُدُودُ فِي دَارِ الحَرْبِ»، أي لا يجب لأنه بعث لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق، ولأنَّ كل واحد يعرف أنه لا يمكن إقامة الحدود في دار الحرب لانقطاع ولاية الإمام عنها، فكان المراد من عدم الإقامة عدم وجوب الحدِّ، فإن قيل: هذا الحديثُ معارضٌ بقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ﴾ [النور: ٢] فلا يقبل؟ قلنا: خصَّ موضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبَر الواحد.

لِأَنَّهَا لَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً فَلَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً، وَلَوْ غَزَا مَنْ لَهُ وِلَايَةُ الإِقَامَةِ بِنَفْسِهِ كَالْخَلِيفَةِ وَأَمِيرِ مِصْرَ يُقِيمُ الحَدَّ عَلَىٰ مَنْ زَنَىٰ فِي مُعَسْكَرِهِ لِأَنَّهُ تَحْتَ يَدِهِ، بِخِلَافِ أَمِيرِ العَسْكَرِ وَالسَّرِيَّةِ لِأَنَّهُ لَمْ تُفَوَّضْ إِلَيْهِمَا الإِقَامَةُ.

(وَإِذَا دَخَلَ حَرْبِيٌّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَزَنَىٰ بِذِمِّيَّةٍ أَوْ زَنَىٰ ذِمِّيٌّ بِحَرْبِيَّةٍ يُحَدُّ الذِّمِّيُّ وَالذِّمِّيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُحَدُّ الحَرْبِيُّ وَالْحَرْبِيَّةُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الذِّمِّيِّ) يَعْنِي إِذَا زَنَىٰ بِحَرْبِيَّةٍ، فَأَمَّا إِذَا

قوله: وَإِذَا دَخَلَ حَرْبِيٌّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَزَنَىٰ بِذِمِّيَّةٍ أَوْ زَنَىٰ ذِمِّيٌّ بِحَرْبِيَّةٍ، إلخ، الخلاف هنا في موضعين: أحدهما: أنَّ الحربي المستأمن أو الحربية المستأمنة إذا زنيا لم يحدا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى حدا، والثاني: أنَّ تمكين المسلمة أو الذمية من المستأمن يوجب الحدَّ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند محمد رحمه الله تعالى لا يوجب، أمَّا الكلام في الأول فالأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أنَّ كل الحدود تقام على المستأمن والمستأمنة في دارنا إلَّا حدَّ الشرب، وعندهما لا يقام على المستأمن شيءٌ من الحدود إلَّا حدَّ القذف لأنَّ الإقامة تبتني على الولاية والولاية تبتني على الالتزام، إذ لو ألزمنا عليه حكمًا بلا التزامه لأدَّىٰ إلىٰ تنفُّره من دارنا وقد ندبنا إلىٰ معاملةٍ تحمله إلى ذلك على الدخول في دارنا ليرى محاسن الإسلام فيسلم، وأمَّا في الثاني فالأصل أنَّ الحدَّ متىٰ لم يجب على المرأة أصلاً أو تعذَّر استيفاؤه لم يؤثر في حقِّ الرجل إجماعًا، فأمَّا إذا لم ينعقد فعل الرجل موجبًا لم يجب عليها وإن كان لا مانع منها، وإن كان فعله موجبًا ولكن بطل الحدّ لمعنًى لا يمنع وجوب الحدِّ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعند محمد رحمه الله تعالى يمنع لأنَّ فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبع لأنه الفاعل وهي محل الفعل والمحال في حكم الشروط فامتناع الحدِّ

زَنَى الحَرْبِيُّ بِذِمِّيَّةٍ لَا يُحَدَّانِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَوَّلًا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُحَدُّونَ كُلُّهُمْ) وَهُوَ قَوْلُهُ الآخَرُ، لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المُسْتَأْمَنَ التَزَمَ أَحْكَامَنَا مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي دَارِنَا فِي المُعَامَلَاتِ، كَمَا أَنَّ الذِّمِّيَّ التَزَمَهَا مُدَّةَ عُمُرِهِ، وَلِهَذَا يُحَدُّ حَدَّ القَذْفِ وَيُقْتَلُ قِصَاصًا، بِخِلَافِ حَدِّ الشُّرْبِ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُ إِبَاحَتَهُ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مَا دَخَلَ لِلْقَرَارِ بَلْ لِحَاجَةٍ كَالتِّجَارَةِ وَنَحْوِهَا فَلَمْ يَصِرْ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَلِهَذَا يُمَكَّنُ مِنَ الرُّجُوعِ إِلَى دَارِ الحَرْبِ وَلَا يُقْتَلُ المُسْلِمُ وَلَا الذِّمِّيُّ بِهِ، وَإِنَّمَا التَزَمَ مِنَ الحُكْمِ مَا يَرْجِعُ إِلَىٰ

في حقِّ الأصل يوجب امتناعه في حقِّ التبع لأنَّ الحد إنَّما يجب عليها بالتمكين من فعل موجبٍ للحد ومتىٰ لم ينعقد فعله موجبًا للحد فما مكَّنت من فعل موجب للحدِّ فلا يحد، وأمَّا الامتناع في حقِّ التبع لا يوجب امتناعه في حقِّ الأصل، نظيره: زنىٰ عاقل بالغ بصبية أو مجنونة فإنه يحدُّ البالغ لكونه أصلاً، وزنى صبيٌّ أو مجنونٌ ببالغةٍ عاقلةٍ فإنَّها لا تحدُّ لكونها تابعةً، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ فعل المستأمن زنا بدليل أنه لو قذفه قاذف بعد الإسلام لا يلزمه الحدُّ فصارت هي زانيةً بالتمكين من الزنا، بخلاف الصبيِّ والمجنون فإنَّ فعلهما ليس بزنا شرعًا حتَّىٰ لو قذفهما قاذفٌ بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحدُّ، وهذا لأنه مخاطب بالحرمات وإن لم يخاطب بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات، ألا ترىٰ أنَّ الذمي يلزمه الحدُّ ولا يجب قبل الخطاب فثبت أنَّ الكفر لا يمنع من الخطاب بالحرمات، وإنَّما لم يقم عليه الحدُّ لفقد شرط الولاية وهو الالتزام لا لخلل في فعله فصار كأنَّه زنىٰ ثم غاب والمرأة تابعة في نفس الفعل دون حكم الفعل، ألا ترىٰ أنَّ الرجل إذا لم يكن محصنًا والمرأة محصنة يجلد الرجل وترجم المرأة ولا يصير ذلك

تَحْصِيلِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ حُقُوقُ العِبَادِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا طَمِعَ فِي الإِنْصَافِ يَلْتَزِمِ الانْتِصَافَ، وَالْقِصَاصُ وَحَدُّ القَذْفِ مِنْ حُقُوقِهِمْ، أَمَّا حَدُّ الزِّنَا فَمَحْضُ حَقِّ الشَّرْعِ، وَلِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّ الأَصْلَ فِي بَابِ الزِّنَا فِعْلُ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، فَامْتِنَاعُ الحَدِّ فِي حَقِّ الأَصْلِ يُوجِبُ امْتِنَاعَهُ فِي حَقِّ التَّبَعِ، أَمَّا الِامْتِنَاعُ فِي حَقِّ التَّبَعِ لَا يُوجِبُ الِامْتِنَاعَ فِي حَقِّ الأَصْلِ، نَظِيرُهُ إِذَا زَنَى البَالِغُ بِصَبِيَّةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ، وَتَمْكِينُ البَالِغَةِ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيهِ أَنَّ فِعْلَ الحَرْبِيِّ المُسْتَأْمَنِ زِنًا لِأَنَّهُ مُخَاطَبٌ بِالْحُرُمَاتِ عَلَىٰ مَا هُوَ الصَّحِيحُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ

شبهةً في حقها، بخلاف الصبي والمجنون لأنَّهما لايخاطبان فلم يكن فعلهما زنًا.

قوله: لِأَنَّهُ مُخَاطَبٌ بِالْحُرُمَاتِ عَلَىٰ مَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ، واسم الحرمات يتناول المناهي نحو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ﴾ [الإسراء: ٣٢] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] ويتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان والصلاة والصوم فإنَّ الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث التَّرك ولهذا يعاقب بتَرك الصلاة، قال الله تعالى: ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِى سَقَرَ ۝٤٢ قَالُوا۟ لَمْ نَكُ مِنَ ٱلْمُصَلِّينَ ۝٤٣﴾ [المدثر: ٤٢-٤٣] الآية، قيل في التفسير من المسلمين المعتقدين فرضية الصلاة، وقال تعالىٰ: ﴿وَوَيْلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ ۝٦ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [فصلت: ٦ – ٧] أي يقرُّون بها، وهذا معنى قولنا أنَّ الخطاب يتناولهم فيما يرجع إلى العقوبة في الآخرة، فأمَّا في وجوب الأداء فلا يعاقبون في أحكام الدنيا، ومذهب العراقيين من مشايخنا أنَّ الخطاب

عَلَىٰ أَصْلِنَا، وَالتَّمْكِينُ مِنْ فِعْلٍ هُوَ زِنًا مُوجِبٌ لِلْحَدِّ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِأَنَّهُمَا لَا يُخَاطَبَانِ، وَنَظِيرُ هٰذَا الِاخْتِلَافِ إِذَا زَنَى الْمُكْرَهُ بِالْمُطَاوِعَةِ تُحَدُّ الْمُطَاوِعَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ لَا تُحَدُّ.

متناول لهم أيضًا والأداء واجب عليهم فإنَّهم لا يعاقبون على ترك الأداء إذا لم يكن الأداء واجبًا عليهم، فظاهر ما تلونا يدلُّ على أنَّهم يعاقبون في الآخرة على الامتناع من الأداء في الدنيا، ولأنَّ الكفر رأس المعاصي فلا يصلح سببًا لاستحقاق التخفيف به ومعلومٌ أنَّ سبب الوجوب متقرِّر في حقهم وشرط وجوب الأداء التمكن منه وذلك غير منعدمٌ في حقِّهم وصلاحية الذمة لثبوت الواجب فيها بسببه موجود في حقِّهم، فلو سقط الخطاب بالأداء كان ذلك تخفيفًا والكفر لا يصلح سببًا لذلك، ولا معنىٰ لقول من يقول أنَّ التمكن من الأداء على هذه الصفة لا يتحقق حتى لو أدَّىٰ لم يكن معتدًّا به لأنه متمكن من الأداء بشرط أن يقدم الإيمان والخطاب به ثابت في حقِّه فهو نظير الجنب والمحدث يتمكَّن من أداء الصلاة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكِّنًا من أداء الصلاة ويتوجَّه عليه الخطاب بأدائها مع انعدام التمكن من الأداء بإضراره على الكفر وهو جانٍ في ذلك فيجعل التمكن قائمًا حكمًا إذا كان انعدامه بسبب جنايته، ألا ترىٰ أنَّ زوال التمكن بسبب السكر لا يسقط الخطاب وكذلك انعدام التمكن بسبب الجهل إذا كان عن تقصير منه لا يسقط الخطاب بأداء العبادات فسبب الكفر أوْلىٰ، ومشايخ ديارنا يقولون أنَّهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات.

قوله: عَلَىٰ أَصْلِنَا، إشارةٌ إلىٰ قول بعض أصحابنا أنَّ الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى مخاطبون بِها بناءً على أنَّ الشرائع عنده من نفس الإيمان وهم مخاطبون بالإيمان فيخاطبون بالشرائع، وعندنا الشرائع ليست من نفس

قَالَ: (وَإِذَا زَنَى الصَّبِيُّ أَوِ المَجْنُونُ بِامْرَأَةٍ طَاوَعَتْهُ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَيْهَا) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ: يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ (وَإِنْ زَنَىٰ صَحِيحٌ بِمَجْنُونَةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ يُجَامَعُ مِثْلُهَا حُدَّ الرَّجُلُ خَاصَّةً) وَهٰذَا بِالْإِجْمَاعِ، لَهُمَا أَنَّ العُذْرَ مِنْ جَانِبِهَا لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الحَدِّ مِنْ جَانِبِهِ فَكَذَا العُذْرُ مِنْ جَانِبِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُؤَاخَذٌ بِفِعْلِهِ، وَلَنَا أَنَّ فِعْلَ الزِّنَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ، وَإِنَّمَا هِيَ مَحَلُّ الفِعْلِ وَلِهٰذَا يُسَمَّىٰ هُوَ وَاطِئًا وَزَانِيًا وَالْمَرْأَةُ مَوْطُوءَةً وَمَزْنِيًّا بِهَا، إِلَّا أَنَّهَا سُمِّيَتْ زَانِيَةً مَجَازًا تَسْمِيَةً لِلْمَفْعُولِ بِاسْمِ الفَاعِلِ كَالرَّاضِيَةِ فِي مَعْنَى المَرْضِيَّةِ، أَوْ لِكَوْنِهَا مُسَبِّبَةً بِالتَّمْكِينِ فَتَعَلَّقَ الحَدُّ فِي حَقِّهَا بِالتَّمْكِينِ مِنْ قَبِيحِ الزِّنَا وَهُوَ فِعْلُ مَنْ هُوَ مُخَاطَبٌ بِالْكَفِّ عَنْهُ وَمُؤْثَمٌ عَلَىٰ مُبَاشَرَتِهِ، وَفِعْلُ الصَّبِيِّ لَيْسَ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ فَلَا يُنَاطُ بِهِ الحَدُّ.

الإيمان وهم وإن كانوا مخاطبين بالإيمان فلا يخاطبون بالشرائع.

قوله: وَفِعْلُ الصَّبِيِّ لَيْسَ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ، فلم تكن المرأة مزنيًا بِها، كالمضروب والمقتول إنَّما يتَّصف بِهذا الوصف إذا كان الفعل الواقع عليه ضربًا وقتلاً وفعل الصبي والمجنون لا يكون زنًا ولا يكون موصوفًا بالحرمة وإن كانا ممنوعين عن ذلك كي لا يتخلَّقا بذلك لأنَّ الحرمة إنَّما تثبت بالنهي ولا نَهيَ في حقِّهما فثبتَ في حقِّ المرأة شبهة الإباحة وإن كان حرامًا والحدُّ يدرأ بالشهبات، وإن كان الرجل بالغًا عاقلاً ففعله يكون زنًا والمرأة وإن كانت مجنونةً أو صبيَّةً يكون مزنيًا بِها لوقوع فعل الزنا عليها وإن لم تكن معاقبةً بعد أن يكون المحل صالحًا لوقوع فعل الزنا فيه.

قَالَ: (وَمَنْ أَكْرَهَهُ السُّلْطَانُ حَتَّىٰ زَنَىٰ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ أَوَّلًا يُحَدُّ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّ الزِّنَا مِنَ الرَّجُلِ لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا بَعْدَ انْتِشَارِ الآلَةِ وَذٰلِكَ دَلِيلُ الطَّوَاعِيَةِ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ فَقَالَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ لِأَنَّ سَبَبَهُ المُلْجِئَ قَائِمٌ ظَاهِرًا، وَالِانْتِشَارُ دَلِيلٌ مُتَرَدِّدٌ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ لِأَنَّ الِانْتِشَارَ قَدْ يَكُونُ طَبْعًا لَا طَوْعًا كَمَا فِي النَّائِمِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، (وَإِنْ أَكْرَهَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ حُدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يُحَدُّ) لِأَنَّ الإِكْرَاهَ عِنْدَهُمَا قَدْ يَتَحَقَّقُ مِنْ غَيْرِ السُّلْطَانِ؛ لِأَنَّ المُؤَثِّرَ خَوْفُ الهَلَاكِ وَأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَهُ أَنَّ الإِكْرَاهَ مِنْ غَيْرِهِ لَا يَدُومُ إِلَّا نَادِرًا لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الِاسْتِعَانَةِ بِالسُّلْطَانِ أَوْ بِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، وَيُمْكِنُهُ دَفْعُهُ بِنَفْسِهِ بِالسِّلَاحِ، وَالنَّادِرُ لَا حُكْمَ لَهُ فَلَا يَسْقُطُ بِهِ الحَدُّ، بِخِلَافِ السُّلْطَانِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الِاسْتِعَانَةُ بِغَيْرِهِ وَلَا الخُرُوجُ بِالسِّلَاحِ عَلَيْهِ فَافْتَرَقَا.

(وَمَنْ أَقَرَّ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي مَجَالِسَ مُخْتَلِفَةٍ أَنَّهُ زَنَىٰ بِفُلَانَةَ وَقَالَتْ هِيَ:

قوله: وَإِنْ أَكْرَهَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ حُدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، قالوا هذا اختلاف عصرٍ وزمانٍ لا اختلاف حُجَّةٍ وبرهانٍ، فالسلطان كان في زمنه له قوَّةٌ وغلبةٌ بحيث لا يتجاسر أحد على إكراه غيره، وفي زمانِهما ظهرت القوَّة أيضًا لكل متغلب فيتحقَّق الإكراه من غير السلطان فأفتىٰ كل منهم بما عايَنَ، وفي زماننا ظهرت القوَّة أيضًا لكل متغلبٍ فيفتىٰ بقولهما.

تَزَوَّجَنِي أَوْ أَقَرَّتْ بِالزِّنَا وَقَالَ الرَّجُلُ تَزَوَّجْتُهَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ فِي ذَٰلِكَ) لِأَنَّ دَعْوَى النِّكَاحِ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَهُوَ يَقُومُ بِالطَّرَفَيْنِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، وَإِذَا سَقَطَ الحَدُّ وَجَبَ المَهْرُ تَعْظِيمًا لِخَطَرِ البُضْعِ.

(وَمَنْ زَنَىٰ بِجَارِيَةٍ فَقَتَلَهَا فَإِنَّهُ يُحَدُّ وَعَلَيْهِ القِيمَةُ) مَعْنَاهُ: قَتَلَهَا بِفِعْلِ الزِّنَا لِأَنَّهُ جَنَىٰ جِنَايَتَيْنِ فَيُوَفَّرُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُكْمَهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يُحَدُّ لِأَنَّ تَقَرُّرَ ضَمَانِ القِيمَةِ سَبَبٌ لِمِلْكِ الأَمَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهَا بَعْدَ مَا زَنَىٰ بِهَا وَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، وَاعْتِرَاضُ سَبَبِ المِلْكِ قَبْلَ إِقَامَةِ الحَدِّ يُوجِبُ سُقُوطَهُ، كَمَا إِذَا مَلَكَ المَسْرُوقَ قَبْلَ القَطْعِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ ضَمَانُ قَتْلٍ فَلَا يُوجِبُ المِلْكَ لِأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ، وَلَوْ كَانَ يُوجِبُهُ فَإِنَّمَا يُوجِبُهُ فِي العَيْنِ كَمَا فِي هِبَةِ

قوله: وَعَلَيْهِ المَهْرُ فِي ذَٰلِكَ، فإن قيل: ينبغي أن لا يجب المهر فيما إذا أقرَّت المرأة بالزنا لأنَّها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر بزعمه أنَّها زانية ولا عقرَ لها، قلنا: إذا سقط الحدُّ بدعوى النكاح من الرجل وجب العقر وبطل زعمها لأنَّ المهر حقُّ الله تعالىٰ في ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر في المفوَّضة، فإذا توهَّم النكاح وسقط الحدُّ وجب العقر تعظيمًا لخطر المحل.

قوله: لِأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ، وهذا لأنَّ ضمان الدم إنَّما يجب من حيث أنه آدميٌّ لا من حيث إنه مال فلا يكون سببًا للملك، ولأنَّ القيمة إنَّما تجب بعد تقرُّر الجناية بعد الموت وبعد الموت لم يبق الميت قابلاً للتملك، ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين لا في منافع البضع لأنَّها استوفت والملك يثبت مستندًا فلا يظهر في المستوفى لكونها

المَسْرُوقِ لَا فِي مَنَافِعِ البُضْعِ لِأَنَّهَا اُسْتُوْفِيَتْ وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا فَلَا يَظْهَرُ فِي المُسْتَوْفَىٰ لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةً، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَىٰ بِهَا فَأَذْهَبَ عَيْنَهَا حَيْثُ تَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَيَسْقُطُ الحَدُّ لِأَنَّ المِلْكَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ فِي الجُثَّةِ العَمْيَاءِ وَهِيَ عَيْنٌ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً.

قَالَ: (وَكُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ الإِمَامُ الَّذِي لَيْسَ فَوْقَهُ إِمَامٌ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ إِلَّا القِصَاصُ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ وَبِالْأَمْوَالِ) لِأَنَّ الحُدُودَ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ وَإِقَامَتُهَا إِلَيْهِ لَا إِلَىٰ غَيْرِهِ وَلَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُقِيمَ عَلَىٰ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، بِخِلَافِ حُقُوقِ العِبَادِ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِيهِ وَلِيُّ الحَقِّ إِمَّا بِتَمْكِينِهِ أَوْ بِالِاسْتِعَانَةِ

معدومةً، بخلاف ما إذا أذهب عينها بالزنا حيث تجب عليها قيمتها ويسقط الحدُّ لأنَّ الملك هنالك ثبت في الجثَّة العمياء وهو عين فأورث شبهة دارئة للحد إذ العين باقية فأمكن إبقاء المنافع تبعًا لها، بخلاف ما إذا هلكت فإنَّ الملك في الجارية المقتولة ضروري ليصير الضمان ضمان معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقُّق سبب الضمان فلا يظهر في المنافع المستوفاة، ولأنَّ في الجارية المقتولة بالزنا وجد الموجب للملك في الجارية وهو الضمان لا وجود الملك فيها حقيقةً لعدم تصوَّره فلم يثبت في الجارية المقتولة بذلك إلَّا شبهة الملك، وعند حقيقة الملك في الجارية العمياء يثبت في المنافع المستوفاة منها شبهة الملك، فعند شبهة الملك في نفس الجارية المقتولة تنزل الشهبة في المنفعة إلىٰ شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبَرة دون النازل عنها.

قوله: وَلَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُقِيمَ عَلَىٰ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، لأنَّ فائدة الإقامة الزجر والزجر بإقامة الغير لا بفعل نفسه، ولأنَّ إقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه، أو يقول: أنَّ الشرع ما جعل من عليه نائبًا عنه فانعدم المستوفي فقلنا بأنَّه لا يجب.

بِمَنَعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَالْقِصَاصُ وَالْأَمْوَالُ مِنْهَا، وَأَمَّا حَدُّ الْقَذْفِ قَالُوا الْمُغَلَّبُ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الْحُدُودِ الَّتِي هِيَ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَالْقِصَاصُ وَالْأَمْوَالُ مِنْهَا، أي من حقوق العباد، فبهذا يعلم أنَّ اشتِراط قضاء القاضي في القصاص لتمكين الوليِّ من استيفائه، لا أنه شرطٌ لا يجوز بدونه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا

(وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدٍّ مُتَقَادِمٍ لَمْ يَمْنَعْهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنِ الإِمَامِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ إِلَّا فِي حَدِّ القَذْفِ خَاصَّةً)، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: (وَإِذَا شَهِدَ عَلَيْهِ الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ أَوْ بِشُرْبِ خَمْرٍ أَوْ بِزِنًا بَعْدَ حِينٍ لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ وَضَمِنَ السَّرِقَةَ) وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الحُدُودَ الخَالِصَةَ حَقًّا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ تَبْطُلُ بِالتَّقَادُمِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، هُوَ يَعْتَبِرُهَا بِحُقُوقِ

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قوله: لَمْ يَمْنَعْهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنِ الإِمَامِ، هذا من صورة المسئلة لا من حكمها، أي شهدوا بحدٍّ متقادم ولم يكونوا بعيدًا عن الإمام حتى لو كانوا بعيدًا عن الإمام فمنعهم عن أداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وإن تقادم الزمان، وإنَّما أعاد لفظ الجامع الصغير في الكتاب لزيادة إيضاحٍ في لفظه وهي تعديد ما يوجب الحدَّ صريحًا بالسرقة وشرب الخمر والزنا، وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستَّة أشهر في التقادم وزيادة إثبات الضمان في السرقة، ثمَّ ذكر في المبسوط: لم أحد بشهادتِهم المشهود عليه ولا أحدهم أيضًا أي حدَّ القذف في الشهادة بالزنا لأنَّ عددهم متكامل والأهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفًا.

قوله: خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ هُوَ يَعْتَبِرُهَا، أي الشهادة في الحدود بالإقرار في أنَّ التقادم لا يمنع فيه، وزفر رحمه الله تعالى فيه يعتبَر الإقرار بالشهادة في أنَّ التقادم يمنع من قبولها، وفي المبسوط: وإن أقرَّ بزنا قديمٍ أربع مرَّات أقيم عليه الحدُّ عندنا، وقال

الْعِبَادِ وَبِالْإِقْرَارِ الَّذِي هُوَ إِحْدَى الْحُجَّتَيْنِ، وَلَنَا أَنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَالسَّتْرِ، فَالتَّأْخِيرُ إِنْ كَانَ لِاخْتِيَارِ السَّتْرِ فَالْإِقْدَامُ عَلَى الْأَدَاءِ بَعْدَ ذٰلِكَ لِضَغِينَةٍ هَيَّجَتْهُ أَوْ لِعَدَاوَةٍ حَرَّكَتْهُ فَيُتَّهَمُ فِيهَا وَإِنْ كَانَ التَّأْخِيرُ لَا لِلسَّتْرِ يَصِيرُ فَاسِقًا آثِمًا فَتَيَقَّنَّا بِالْمَانِعِ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُعَادِي نَفْسَهُ، فَحَدُّ الزِّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسَّرِقَةِ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَىٰ حَتَّىٰ يَصِحَّ الرُّجُوعُ عَنْهَا بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَيَكُونَ التَّقَادُمُ فِيهِ مَانِعًا، وَحَدُّ الْقَذْفِ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ لِمَا فِيهِ مِنْ دَفْعِ الْعَارِ عَنْهُ، وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ، وَالتَّقَادُمُ غَيْرُ مَانِعٍ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَلِأَنَّ الدَّعْوَىٰ فِيهِ شَرْطٌ فَيُحْمَلُ تَأْخِيرُهُمْ عَلَى انْعِدَامِ الدَّعْوَىٰ فَلَا يُوجِبُ تَفْسِيقَهُمْ، بِخِلَافِ حَدِّ السَّرِقَةِ لِأَنَّ الدَّعْوَىٰ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْحَدِّ

زفر رحمه الله تعالى: لا يُقام اعتبارًا لحجَّة الإقرار بحجَّة البينة، فإنَّ الشهود كما ندبوا إلى الستر فالمرتكب للفاحشة أيضًا مندوب إلى السَّتر على نفسه، قال عليه الصلاة والسلام: «من أصاب من هذه القاذورات شيئًا فلْيَسْتَتِر بستر الله تعالى» ولكنَّا نستدل بآخر الحديث حتى قال: «ومن أَبْدَى لنا صفحَتَه أقمنا عليه حدَّ الله تعالىٰ» وهذا قد أَبْدَى صفحته بإقراره وإن كان قد تقادم العهد، والمعنى ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ، أي بين أجرين مطلوبين له، يقال: احتسبت بكذا أجرًا عند الله، والاسم الحسبة بالكسر وهي الأجر، والجمع الحسب، كذا في الصحاح.

قوله: بِخِلَافِ حَدِّ السَّرِقَةِ لِأَنَّ الدَّعْوَىٰ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْحَدِّ، هذا جوابُ إشكال

لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا شُرِطَتْ لِلْمَالِ، وَلِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَىٰ كَوْنِ الحَدِّ حَقًّا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ فَلَا يُعْتَبَرُ وُجُودُ التُّهْمَةِ فِي كُلِّ فَرْدٍ، وَلِأَنَّ السَّرِقَةَ تُقَامُ عَلَى الِاسْتِسْرَارِ عَلَىٰ غِرَّةٍ مِنَ المَالِكِ

يرد على قوله في حدِّ القذف، لأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم وهو أن يقال الشهادة المتقادمة على السرقة تبطل ولا صحَّة لها بلا دعوى، فقال: الدعوى لا تشترَط للحدِّ لأنه خالص حقِّ الشرع وإنَّما شرطت للمال فكان الاشتِراط فيما يرجع إلى المال لا فيما يرجع إلى الحدِّ، ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتُهما ويحبس السارق إلىٰ أن يجيء المسروق منه، وإنَّما لا يقطع لاحتمال أن يكون المسروق ملكه فيتوقَّف على حضور المالك فإذا لم يشهدوا في الحال صاروا متهمين، وفي حدِّ القذف لا تقبل في حقِّ الحبس لأنَّ فيه حقُّ العبد وفي حقوق العباد لا تقبل في حقِّ الحبس كما في القصاص، ولأنَّ الشهادة بسرقة متقادمة بطلت لبطلان الدعوى إذ المدعي يخيَّر بين أن يحتسب بدعواه إقامة الحدِّ فيبذل ماله في ذلك ليقام الحد ويبطل عصمة ماله، وبين أن يختار الستر فيدعي مطلق الأخذ صيانةً لماله، فإذا أخَّر حُمِل علىٰ أنه اختار حسبة السَّتْر فإذا ادعى السرقة تمكنت التهمة في دعواه إلَّا أنَّ التهمة تعتبَر في القطع لا في المال فيقضىٰ بالمال لا بالقطع، كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة.

قوله: وَلِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَىٰ كَوْنِ الحَدِّ حَقًّا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ فَلَا يُعْتَبَرُ وُجُودُ التُّهْمَةِ فِي كُلِّ فَرْدٍ، يعني اعتبَر بالتقادُم تُهمةً فيما هو حقٌّ خالصٍ لله تعالىٰ وحكمة الشيء تراعىٰ في جنسه ولا تراعىٰ في كل فرد من أفراد الجنس كما قلنا في السفر والاستبراء وشرعية النكاح، إذ الفرد ملحق بالجملة وفي الجملة التأخير في حقوق الله تعالى مورثٌ للتهمة وإن كان في هذا الفرد غير مورث لأجل الدعوى، لكن لمَّا كان القطع عن حقوق الله تعالىٰ يكون التأخير مانعًا من القبول إلحاقًا للفرد بالجملة.

فَيَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِ إِعْلَامُهُ فَبِالْكِتْمَانِ يَصِيرُ فَاسِقًا آثِمًا، ثُمَّ التَّقَادُمُ كَمَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فِي الِابْتِدَاءِ يَمْنَعُ الإِقَامَةَ بَعْدَ الْقَضَاءِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ، حَتَّىٰ لَوْ هَرَبَ بَعْدَ مَا ضُرِبَ بَعْضَ الحَدِّ ثُمَّ أُخِذَ بَعْدَ مَا تَقَادَمَ الزَّمَانُ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الحَدُّ لِأَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي حَدِّ التَّقَادُمِ، وَأَشَارَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَىٰ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنَّهُ قَالَ بَعْدَ حِينٍ، وَهٰكَذَا أَشَارَ الطَّحَاوِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ لَمْ يُقَدِّرْ فِي ذٰلِكَ وَفَوَّضَهُ إِلَىٰ رَأْيِ القَاضِي فِي كُلِّ عَصْرٍ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَّرَهُ

قوله: لِأَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ، لأنَّ القضاء إمَّا أن يكون لإعلام من له الحقُّ بحقِّه أو لتمكينه من الاستيفاء، وذلك لا يتصوَّر في حقوق الله تعالى وكان المعتبر في حقوق الله تعالى هو النيابة في الاستيفاء وإنَّما يتمُّ ذلك بحقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل الاستيفاء كالتقادم قبل القضاء، والتقادم قبل القضاء مانع فكذا قبل الاستيفاء، وذكر في الفوائد الظهيرية: والفقه فيه أنَّ المقصود من التلفظ بلفظ القضاء إعلام المشهود له أنه حقيقٌ بالمشهود أو إقداره على استيفاء ما ادَّعاه، وفي الحدود لا سبيلَ إلىٰ كل واحد منهما، أمَّا الإعلام فلأنَّ المشهود له في باب الحدود هو الله تعالىٰ، قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ﴾ [الطلاق: ٢] والله لا يخفىٰ عليه خافية، ونائبه القاضي وإنه يستفيد العلم بالشهادة فلا تمسُّ الحاجة إلى التلفظ بلفظ القضاء، وكذلك الإقرار على سبيل الاستيفاء فإنَّ القاضي بدون التلفظ به قادرٌ على الاستيفاء.

قوله: وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ لَمْ يُقَدِّرْ فِي ذٰلِكَ وَفَوَّضَهُ إِلَىٰ رَأْيِ القَاضِي فِي كُلِّ عَصْرٍ، لأنَّ نصب المقادير بالرأي لا يمكن، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه قدَّره

بِشَهْرٍ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهُ عَاجِلٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الأَصَحُّ، وَهٰذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ القَاضِي وَبَيْنَهُمْ مَسِيرَةُ شَهْرٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ؛ لِأَنَّ المَانِعَ بُعْدُهُمْ عَنِ الإِمَامِ فَلَا تَتَحَقَّقُ التُّهْمَةُ، وَالتَّقَادُمُ فِي حَدِّ الشُّرْبِ كَذٰلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ عَلَىٰ مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَىٰ بِفُلَانَةَ وَفُلَانَةُ غَائِبَةٌ فَإِنَّهُ يُحَدُّ، وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ فُلَانٍ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يُقْطَعْ) وَالْفَرْقُ أَنَّ بِالْغَيْبَةِ تَنْعَدِمُ الدَّعْوَىٰ وَهِيَ شَرْطٌ فِي السَّرِقَةِ دُونَ الزِّنَا، وَبِالْحُضُورِ يُتَوَهَّمُ دَعْوَى الشُّبْهَةِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْمَوْهُومِ (وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَىٰ بِامْرَأَةٍ لَا يَعْرِفُونَهَا

بالشهر، وهكذا رُوِيَ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ فقال: أحسن ما سمعنا فيه الشهرُ، وهذا لأنَّ الشهر وما فوقه آجلٌ وما دونه عاجلٌ، أصله مسئلة اليمين إذا حلف ليقضينَّ دين فُلانٍ عاجلاً فقضاه فيما دون الشهر برَّ في يمينه.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْمَوْهُومِ، لأنَّ الثابت عند الغيبة احتمال الدعوىٰ وبحقيقة الدعوى تثبت الشبهة لأنَّ دعواها تحتمل الصدق والكذب وبالاحتمال تثبت شبهة الشبهة وهي غير معتبَرة إذ اعتبارها يؤدي إلى سدِّ باب الحدِّ وهو مفتوحٌ، فَمَا يؤدي إلى انسداده يكون مردودًا، ولأنَّ اعتبار الشبهة بالحديث بخلاف القياس ولا حديث في شبهة الشبهة، فإن قيل: العفو إذا كان بين شريكين وأحدهما غائب لا يتمكَّن الحاضرين من استيفائه لاحتمال العفو من الغائب، قلنا: العفو حقيقة المسقط فاحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة.

لَمْ يُحَدَّ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ أَوْ أَمَتُهُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ (وَإِنْ أَقَرَّ بِذَٰلِكَ حُدَّ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْفَىٰ عَلَيْهِ أَمَتُهُ أَوِ امْرَأَتُهُ (وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَىٰ بِفُلَانَةَ فَاسْتَكْرَهَهَا وَآخَرَانِ أَنَّهَا طَاوَعَتْهُ دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ (وَقَالَا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خَاصَّةً) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى المُوجِبِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ جِنَايَةٍ وَهُوَ الإِكْرَاهُ، بِخِلَافِ جَانِبِهَا؛ لِأَنَّ طَوَاعِيَتَهَا شَرْطُ تَحَقُّقِ المُوجِبِ فِي حَقِّهَا وَلَمْ يَثْبُتْ لِاخْتِلَافِهِمَا، وَلَهُ أَنَّهُ اخْتَلَفَ المَشْهُودُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الزِّنَا فِعْلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا،

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَخْفَىٰ عَلَيْهِ أَمَتُهُ أَوِ امْرَأَتُهُ، فإن قيل: قد تشتبه عليه امرأته بأن لم تزف إليه، قلنا: الإنسان كما لا يقرُّ علىٰ نفسه كاذبًا لا يقرُّ علىٰ نفسه حال الاشتباه فلمَّا أقرَّ بالزنا اشتبهت شبهة كون الموطوئة زوجته وصار معنىٰ قوله: لم أعرفها، أي بوجهها ونسبها ولكن علمتُ أنَّها أجنبية، فجعل هذا كالمنصوص عليه بدلالة حاله، بخلاف الشاهد لأنه جاز أن يشهد على الغير عند الاشتباه، كما جاز أن يشهد على الغير كاذبًا فيتهم فيها فتبطل الشهادة.

قوله: اخْتَلَفَ المَشْهُودُ عَلَيْهِ، أي المشهود به، وبيان اختلاف المشهود به أنَّ أحد الفريقين أثْبَت فعل المكره والفريق الآخر أثبت فعل غير المكره، ولا شكَّ بأنَّ فعل المكره يُغاير فعل غير المكره أو أثبت أحد الفريقين كل الفعل من الرجل لأنه لا فعلَ للمكره حقيقةً إذ هي محل الفعل وكذا حكمًا لأنه لا إثمَ، والفريق الآخر أثبت الشركة بينهما في الفعل، ولا شكَّ بأنَّ الفعل المشترك غير ما تفرَّد به الرجل، وهذا لأنَّ الزنا فعلٌ واحدٌ يقوم بِهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفًا في جانبه ضرورةً، وليس علىٰ أحدهما نصاب الشهادة.

وَلِأَنَّ شَاهِدَيِ الطَّوَاعِيَةِ صَارَا قَاذِفَيْنِ لَهَا، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الحَدُّ عَنْهُمَا بِشَهَادَةِ شَاهِدَيِ الإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ زِنَاهَا مُكْرَهَةً يُسْقِطُ إِحْصَانَهَا فَصَارَا خَصْمَيْنِ فِي ذٰلِكَ (وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَىٰ بِامْرَأَةٍ بِالْكُوفَةِ وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَىٰ بِهَا بِالْبَصْرَةِ دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا جَمِيعًا) ؛ لِأَنَّ المَشْهُودَ بِهِ فِعْلُ الزِّنَا وَقَدِ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ المَكَانِ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ وَلَا يُحَدُّ الشُّهُودُ خِلَافًا لِزُفَرَ لِشُبْهَةِ الِاتِّحَادِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الصُّورَةِ وَالْمَرْأَةِ.

(وَإِنِ اخْتَلَفُوا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ حُدَّ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ) ....

قوله: وَلِأَنَّ شَاهِدَيِ الطَّوَاعِيَةِ صَارَا قَاذِفَيْنِ لَهَا، بالزِّنا، فكانا خصمين في إثبات ذلك الزنا لدفع جناية القذف عن أنفسهما ولا شهادة للخصم، وإنَّما سقط حدُّ القذف عنهما بشهادة شاهدي الإكراه لأنَّ زناها مكرهةً يسقط إحصانَها، فإنَّ من قذف امرأةً ثمَّ أقام شاهدين أنَّها زنت وهي مكرهةٌ سقط الحدُّ عن القاذف لسقوط إحصانِها بهذه الشهادة واعتبار عدد الأربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحدِّ وهذه شهادة على سقوط إحصانِها وسقوط الإحصان يثبت بشهادة الإحصان ولا يُحدُّ الشهود للقذف لقيام أربعة شهداء علىٰ مسمَّى الزنا ففات شرطه.

قوله: فِي ذٰلِكَ، أي في إقامة الشهادة على إثبات الزنا بطريق الإكراه.

قوله: نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الصُّورَةِ - أي صورة نسبة الزنا - وَالْمَرْأَةِ، أي واتحاد المرأة لأنَّ الكلام فيه فكانوا مثبتين زنًا واحدًا من هذا الوجه وهم أربعة وهي نصاب شهود الزنا فكان كلامهم شهادةً من هذا الوجه ولم يكن قذفًا فلا يحدون حدَّ القذف.

مَعْنَاهُ: أَنْ يَشْهَدَ كُلُّ اثْنَيْنِ عَلَى الزِّنَىٰ فِي زَاوِيَةٍ، وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجِبَ الحَدُّ لِاخْتِلَافِ المَكَانِ حَقِيقَةً، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ بِأَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءُ الفِعْلِ فِي زَاوِيَةٍ وَالِانْتِهَاءُ فِي زَاوِيَةٍ أُخْرَىٰ بِالِاضْطِرَابِ، أَوْ لِأَنَّ الوَاقِعَ فِي وَسَطِ البَيْتِ فَيَحْسِبُهُ مَنْ فِي المُقَدَّمِ فِي المُقَدَّمِ وَمَنْ فِي المُؤَخَّرِ فِي المُؤَخَّرِ فَيَشْهَدُ بِحَسَبِ مَا عِنْدَهُ.

قوله: مَعْنَاهُ: أَنْ يَشْهَدَ كُلُّ اثْنَيْنِ عَلَى الزِّنَىٰ فِي زَاوِيَةٍ، أي في غير الزاوية التي شهد بِها الإثنان الآخران.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ، ولا يقال: بأنَّ هذا إحتيال لوجوب الحدِّ، لأنَّا نقول: هذا إحتيال لقبول الشهادة والشهادة حجَّة يجب تصحيحها ما أمكن، وإذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحدِّ، هذا إذا كان البيت صغيرًا فأمَّا إذا كان كبيرًا فهو بمنزلة الدارين والمصرين ولأنَّ التوفيق في باب الحدود مشروع، ألا ترىٰ أنه لو شهد أربعة علىٰ رجل أنه زنىٰ بفلانة فهذه الشهادة مقبولة وتحمل شهادة كل واحد منهم بزنا يشهد به صاحبه وإن لم ينصوا في شهادتِهم على هذا الاتحاد مع أنَّ احتمال الاختلاف ثابت بأن كان الزنا أربع مرَّات وشهد كل واحد منهم على زناه بِها بزنًا على حدة وفي ذلك لا يجب الحدُّ على المشهود به، فإن قيل: الاختلاف في تلك المسئلة مسكوتٌ عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فبجواز التوفيق هناك لا يلزم جوازه ههنا؟ قلنا: التوفيق مشروعٌ فيما كان الاختلاف منصوصًا عليه أيضًا، ألا ترىٰ أنه لو شهد الإثنان أنه زنىٰ بامرأةٍ بيضاء وشهد اثنان أنه زنىٰ بامرأة سمراء تقبل الشهادة، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنىٰ بِها وعليها ثوب أحمر وشهد اثنان أنه زنىٰ بِها وعليها ثوب أصفر، وكذلك إذا اختلفوا في القصر والطول والسمن والهزال، فإن قيل: التوفيق ممكن في مسئلة الإكراه والطواعية

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَىٰ بِامْرَأَةٍ بِالنُّخَيْلَةِ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَأَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَىٰ بِهَا عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ بِدَيْرِ هِنْدٍ دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمْ جَمِيعًا) أَمَّا عَنْهُمَا فَلِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِكَذِبِ أَحَدِ الفَرِيقَيْنِ غَيْرِ عَيْنٍ، وَأَمَّا عَنِ الشُّهُودِ فَلِاحْتِمَالِ صِدْقِ كُلِّ فَرِيقٍ (وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى امْرَأَةٍ بِالزِّنَا وَهِيَ بِكْرٌ دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا وَعَنْهُمْ) ؛ لِأَنَّ الزِّنَا لَا يَتَحَقَّقُ مَعَ بَقَاءِ البَكَارَةِ، وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ أَنَّ النِّسَاءَ نَظَرْنَ إِلَيْهَا فَقُلْنَا إِنَّهَا بِكْرٌ، وَشَهَادَتُهُنَّ حُجَّةٌ فِي إِسْقَاطِ الحَدِّ وَلَيْسَتْ بِحُجَّةٍ فِي إِيجَابِهِ فَلِهٰذَا سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُمَا وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ بِالزِّنَا وَهُمْ عُمْيَانٌ أَوْ مَحْدُودُونَ فِي قَذْفٍ

بأن يكون ابتداء الفعل عن إكراه وانتهاؤه عن طواعية فلم يحمل على هذا احتيالاً لقبول الشهادة، قلنا: الزنا حقيقةً وحكمًا لا يتفاوت بين أن يكون في هذه الزاوية من البيت أو في تلك الزاوية فيصار إلى التوفيق لاتحاد المشهود به حقيقةً وحكمًا، أمَّا المشهود به في مسئلة الإكراه فمختلفٌ حقيقةً وحكمًا علىٰ ما مرَّ فلا يصار إلى التوفيق.

قوله: بِالنُّخَيْلَةِ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، النُّخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة، فالباء والجيم تصحيف يعني بُجيلة لأنَّها اسم حيٍّ من اليمن، وديرُ هِند لا يساعد عليه لأنَّ ديرُ هِند أيضًا موضع قريب من الكوفة، وأمَّا ضم الباء فتحريف أصلاً، كذا في المغرب.

قوله: وَأَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَىٰ بِهَا عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ بِدَيْرِ هِنْدٍ، أي في يومٍ واحدٍ.

قوله: دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا، أي عن المشهود عليهما، وَعَنْهُمْ: أي عن الشهود.

أَوْ أَحَدُهُمْ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ) وَلَا يُحَدُّ المَشْهُودُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمِ المَالُ فَكَيْفَ يَثْبُتُ الحَدُّ وَهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلتَّحَمُّلِ وَالْأَدَاءِ فَلَمْ تَثْبُتْ شُبْهَةُ الزِّنَا؛ لِأَنَّ الزِّنَا يَثْبُتُ بِالْأَدَاءِ (وَإِنْ شَهِدُوا بِذٰلِكَ وَهُمْ فُسَّاقٌ أَوْ ظَهَرَ أَنَّهُمْ فُسَّاقٌ لَمْ يُحَدُّوا) ؛ لِأَنَّ الفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الأَدَاءِ وَالتَّحَمُّلِ وَإِنْ كَانَ فِي أَدَائِهِ نَوْعُ قُصُورٍ لِتُهْمَةِ الفِسْقِ، وَلِهٰذَا لَوْ قَضَى القَاضِي بِشَهَادَةِ فَاسِقٍ يَنْفُذُ عِنْدَنَا، وَيَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمْ شُبْهَةُ الزِّنَا، وَبِاعْتِبَارِ قُصُورٍ فِي الأَدَاءِ لِتُهْمَةِ الفِسْقِ يَثْبُتُ شُبْهَةُ عَدَمِ الزِّنَا فَلِهٰذَا امْتَنَعَ الحَدَّانِ، وَسَيَأْتِي فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلَىٰ أَصْلِهِ أَنَّ الفَاسِقَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَهُوَ

قوله: وَالْعَبْدُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلتَّحَمُّلِ وَالْأَدَاءِ، أي ليس بأهل لتحمل يتعلق به حكم، ولهذا لا ينعقد النكاح بحضرة عبدين، أمَّا لو تحمل العبد الشهادة ثم عتق فأدَّىٰ تقبل شهادته.

قوله: لِأَنَّ الزِّنَا يَثْبُتُ بِالْأَدَاءِ، أي يظهر عند الإمام بأداء الشهود الشهادةَ، ولا أداء للعبد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملاً ولا ناقصًا فانقلبت شهادتَهم قذفًا لأنَّهم نسبوهما إلى الزنا ولم يكن نسبتهما إلى الزنا شهادةً فكان قذفًا ضرورةً، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالى: والكلام يبتني على معرفة الشهود فنقول: الشهود ثلاثة: شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال وهو العدل، وشاهد له أهلية الأداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق، وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الأداء كالأعمىٰ والمحدود في القذف.

كَالْعَبْدِ عِنْدَهُ (وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أَرْبَعَةٍ حُدُّوا) ؛ لِأَنَّهُمْ قَذَفَةٌ إِذْ لَا حِسْبَةَ عِنْدَ نُقْصَانِ الْعَدَدِ وَخُرُوجِ الشَّهَادَةِ عَنِ الْقَذْفِ بِاعْتِبَارِهَا.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ بِالزِّنَا فَضُرِبَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ وُجِدَ أَحَدُهُمْ عَبْدًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ) ؛ لِأَنَّهُمْ قَذَفَةٌ إِذِ الشُّهُودُ ثَلَاثَةٌ (وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ وَلَا عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ أَرْشُ الضَّرْبِ، وَإِنْ رُجِمَ فَدِيَتُهُ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: أَرْشُ الضَّرْبِ أَيْضًا عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ جَرَحَهُ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا مَاتَ مِنَ الضَّرْبِ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ لَا يَضْمَنُونَ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُونَ، لَهُمَا أَنَّ الوَاجِبَ بِشَهَادَتِهِمْ مُطْلَقُ الضَّرْبِ، إِذِ الِاحْتِرَازُ عَنِ الجَرْحِ خَارِجٌ عَنِ الوُسْعِ فَيَنْتَظِمُ الجَارِحُ وَغَيْرُهُ فَيُضَافُ إِلَىٰ شَهَادَتِهِمْ فَيَضْمَنُونَ بِالرُّجُوعِ، وَعِنْدَ عَدَمِ الرُّجُوعِ

قوله: وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُونَ، أي أرش الجراحة إن لم يمت والدية إن مات.

قوله: فَيَضْمَنُونَ بِالرُّجُوعِ، لأنه ظهر كذبُهم في شهادتِهم، فأمَّا إذا وجدوا أو أحدهم عبدًا أو كافرًا أو محدودًا في قذفٍ فلا يمكن إيجاب الضمان على الشاهد لأنه لم يتبيَّن كذبه لأنَّ العبد والكافر والمحدود في القذف قد يكونون عدولاً في قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لأنَّ الضرب إنَّما يثبت بشهادتِهم والشهادة إنَّما تثبت بقضاء القاضي، إلَّا أنه لا يمكن إيجاب الضمان على القاضي أيضًا لأنه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به على من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة

تَجِبُ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ فِعْلُ الجَلَّادِ إِلَى القَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَتَجِبُ الغَرَامَةُ فِي مَالِهِمْ فَصَارَ كَالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ الجَلْدُ وَهُوَ ضَرْبٌ مُؤْلِمٌ غَيْرُ جَارِحٍ وَلَا مُهْلِكٍ، فَلَا يَقَعُ جَارِحًا ظَاهِرًا إِلَّا لِمَعْنًى فِي الضَّارِبِ وَهُوَ قِلَّةُ هِدَايَتِهِ فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي الصَّحِيحِ كَيْ لَا يَمْتَنِعَ

لأنَّ الحدود شرعت زواجر لينزجر العوام عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فإن كانت المنفعة تعود إليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ الجرح ليس من موجبات الشهادة لأنَّ الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المأمور به لا الجرح ولا القتل لكن الجرح إنَّما أفضى إليه الشهادة وما أفضى إليه الشهادة لا ضمان فيه، كما إذا شهدوا بنسب فمات المشهود عليه فورثه المشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ما ورث لأنَّ الإرث ليس من موجبات الشهادة فيكون الجرح والموت مقصورًا على الضارب لا يتعدَّىٰ إلى الشاهد ومع ذلك لا يضمن الضارب في الصحيح كي لا تتعطل إقامة الحد بخلاف الرجم والقصاص لأنه يضاف إلىٰ شهادتَهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لما ذكرنا أنه لم يظهر كذبُهم في الشهادة.

قوله: فَصَارَ كَالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ، فإنه لو شهد الشهود فرجم أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية، وأمَّا إذا ظهر أحدهم عبدًا ففي القصاص والرجم تجب الدية في بيت المال.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي الصَّحِيحِ، ذكر في مبسوط فخر الإسلام رحمة الله تعالى عليه: فلو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لأنه ليس بمأمور بِهذا الوجه لأنه أُمِر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل، فإذا وجد الضرب على هذه

النَّاسُ عَنِ الإِقَامَةِ مَخَافَةَ الغَرَامَةِ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ شَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ عَلَىٰ رَجُلٍ بِالزِّنَا لَمْ يُحَدَّ) لِمَا فِيهَا مِنْ زِيَادَةِ الشُّبْهَةِ وَلَا ضَرُورَةَ إِلَىٰ تَحَمُّلِهَا (فَإِنْ جَاءَ الأَوَّلُونَ فَشَهِدُوا عَلَى المُعَايَنَةِ فِي ذٰلِكَ المَكَانِ لَمْ يُحَدَّ أَيْضًا) مَعْنَاهُ شَهِدُوا عَلَىٰ ذٰلِكَ الزِّنَا بِعَيْنِهِ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ قَدْ رُدَّتْ مِنْ وَجْهٍ بِرَدِّ شَهَادَةِ الفُرُوعِ فِي عَيْنِ هٰذِهِ الحَادِثَةِ إِذْ هُمْ قَائِمُونَ مَقَامَهُمْ بِالْأَمْرِ وَالتَّحْمِيلِ، وَلَا يُحَدُّ

الوجوه فقد وقع فعله تعديًا فيجب عليه الضمان.

قوله: لِمَا فِيهَا مِنْ زِيَادَةِ الشُّبْهَةِ، لتمكُّنها في موضعين في تحميل الأصول وفي فعل الفروع، والكلام إذا تداولته الألسنة يمكن فيه زيادة ونقصان.

قوله: وَلَا ضَرُورَةَ إِلَىٰ تَحَمُّلِهَا، لأنه يمكن أن يحضر الأصول فيشهدوا.

قوله: إِذْ هُمْ قَائِمُونَ مَقَامَهُمْ، أي الفروع قائمون مقام الأصول فكان الردُّ لشهادة الفروع ردًّا لشهادة الأصول، وذلك لأنَّ في الموضع الذي تقبل شهادة الفروع تقبل شهادة الأصول أيضًا، ففي الموضع الذي يردُّ يتعدَّىٰ ردُّه إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة، وكل شهادة ردَّت في حادثة لا تقبل في تلك الحادثة أبدًا، كالفاسق إذا ردَّت شهادته لفسقه لا تقبل شهادته في تلك الحادثة بعد التوبة، بخلاف العبد إذا ردَّت شهادته ثمَّ عتق تقبل شهادته في تلك الحادثة لأنه ليس للعبد شهادة بل له خبَر وردُّ الخبر لا يوجب ردَّ الشهادة، فأمَّا الفاسق فله شهادة بدليل أنه بعد الرجم لو ظهر الشهود فسقه لا ضمان على أحد، ولو ظهر أنَّهم عبيد أو كفار تجب الدية على بيت المال، فإن قيل: القاضي إذا ردَّ شهادة الفروع في المال بفسقهم ثمَّ قدم الأصول وشهدوا تقبل شهادتُهم، قلنا: القاضي

الشُّهُودُ؛ لِأَنَّ عَدَدَهُمْ مُتكَامِلٌ وَامْتِنَاعُ الحَدِّ عَلَى الشُّهُودِ عَلَيْهِ لِنَوْعِ شُبْهَةٍ، وَهِيَ كَافِيَةٌ لِدَرْءِ الحَدِّ لَا لِإِيجَابِهِ.

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ بِالزِّنَا فَرُجِمَ فَكُلَّمَا رَجَعَ وَاحِدٌ حُدَّ الرَّاجِعُ وَحْدَهُ وَغَرِمَ رُبْعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الغَرَامَةُ فَلِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَىٰ بِشَهَادَتِهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الحَقِّ فَيَكُونُ التَّالِفُ بِشَهَادَةِ الرَّاجِعِ رُبْعَ الحَقِّ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ القَتْلُ دُونَ المَالِ بِنَاءً عَلَىٰ أَصْلِهِ فِي شُهُودِ القِصَاصِ، وَسَنُبَيِّنُهُ فِي الدِّيَاتِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَأَمَّا الحَدُّ فَمَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يُحَدُّ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الرَّاجِعُ قَاذِفَ حَيٍّ فَقَدْ بَطَلَ بِالْمَوْتِ، وَإِنْ كَانَ قَاذِفَ مَيِّتٍ فَهُوَ مَرْجُومٌ بِحُكْمِ القَاضِي فَيُورِثُ ذٰلِكَ شُبْهَةً، وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ؛ لِأَنَّ بِهِ تُفْسَخُ شَهَادَتُهُ فَجُعِلَ لِلْحَالِ قَذْفًا لِلْمَيِّتِ وَقَدِ انْفَسَخَتِ الحُجَّةُ فَيَنْفَسِخُ مَا يَبْتَنِي عَلَيْهِ

إنَّما ردَّ شهادة الفروع في المال بفسقهم حقيقةً لأنَّهم الذين شهدوا إلَّا أنه تمكَّن شبهة الردِّ في شهادة الأصول لتعليم شهادة الفروع فصار الثَّابت في حقِّ الأصول شبهة الرد، والشبهة تمنع القضاء بالحدود دون المال، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى: ولو ردَّ الفروع في المال لتهمة تقبل شهادة الأصول لأنه ما ردَّ شهادتُهم حقيقةً، ولو ردوا لتهمة الأولين لم تقبل أبدًا من الأولين ولا من الفروع، ولو ردُّوا لرقِّ الأولين أو لكفرهم ثم أعتقوا أو أسلموا فشهدوا بذلك جاز.

قوله: لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الرَّاجِعُ قَاذِفَ حَيٍّ فَقَدْ بَطَلَ بِالْمَوْتِ، لأنَّ حدَّ القذف لا يورث.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ؛ لِأَنَّ بِهِ - أي بالرجوع - تُفْسَخُ

وَهُوَ القَضَاءُ فِي حَقِّهِ فَلَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَذَفَهُ غَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُحْصَنٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِ لِقِيَامِ القَضَاءِ فِي حَقِّهِ.

(فَإِنْ لَمْ يُحَدَّ المَشْهُودُ عَلَيْهِ حَتَّىٰ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ حُدُّوْا جَمِيعًا وَسَقَطَ الحَدُّ عَنِ المَشْهُودِ عَلَيْهِ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ: حُدَّ الرَّاجِعُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَأَكَّدَتْ بِالْقَضَاءِ فَلَا يَنْفَسِخُ إِلَّا فِي حَقِّ الرَّاجِعِ، كَمَا إِذَا رَجَعَ بَعْدَ الإِمْضَاءِ، وَلَهُمَا أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ

شَهَادَتُهُ فَجُعِلَ لِلْحَالِ قَذْفًا لِلْمَيِّتِ، كمن قال لامرأته إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق عند الدخول يصير ذلك الكلام طلاقًا إلَّا أن تبيَّن أنه كان طلاقًا لأنَّ صيرورته طلاقًا باعتبار وصوله إلى المحل مقصور على الحال، فإذا ثبت أنه إنَّما يصير كلامه في الحال قذفًا والمقذوف في الحال ميِّت ومن قذف ميِّتًا يلزمه الحد، فإن قيل: هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يجد فكيف يحدُّ هذا الراجع؟ قلنا: هو مرجوم بحكم الحاكم لشهادتِهم وهو يزعم بالرجوع أنَّ شهادتَهم ليست بحجة فانفسخ الحكم في حقِّه لأنَّ زعمه معتبَر في حقه فلا يصلح شبهةً، بخلاف قاذف آخر لأنَّ المرجوم غير محصن في حقِّ غير الراجع لبقاء القضاء والشهادة في حقه إذ الرجوع عامل في حقه لا في حقِّ غيره، فإن قيل: أكثر ما فيه أنه مقرٌّ بأنه كان عفيفًا، ولو قذفه إنسان ثم كذب نفسه وقال كان عفيفًا لا يُقام عليه الحدُّ أيضًا، قلنا: نعم القاذف وإن أكذب نفسه فالحجة المسقطة للإحصان بقيت كاملةً، فأمَّا إذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطة للإحصان كاملةً في حقِّه فلهذا يُقام عليه الحدُّ.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ، وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسئلة التقادم، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: ولهما أنَّ القضاء في الحدود هو الإمضاء

قَبْلَ القَضَاءِ وَلِهٰذَا سَقَطَ الحَدُّ عَنِ المَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ قَبْلَ القَضَاءِ حُدُّوا جَمِيعًا، وَقَالَ زُفَرُ: يُحَدُّ الرَّاجِعُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ عَلَىٰ غَيْرِهِ، وَلَنَا أَنَّ كَلَامَهُمْ قَذْفٌ فِي الأَصْلِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ بَقِيَ قَذْفًا فَيُحَدُّونَ.

(فَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَىٰ بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ وَهُوَ شَهَادَةُ الأَرْبَعَةِ (فَإِنْ رَجَعَ آخَرُ حُدَّا وَغَرِمَا رُبْعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الحَدُّ فَلِمَا ذَكَرْنَا وَأَمَّا الغَرَامَةُ فَلِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَىٰ بِشَهَادَتِهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الحَقِّ، وَالْمُعْتَبَرُ بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ لَا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ بِالزِّنَا فَزُكُّوا فَرُجِمَ فَإِذَا الشُّهُودُ مَجُوسٌ

فإنَّ القاضي لا يحتاج إلىٰ أن يقول قضيتُ بالرجم أو بالجلد حتى أنَّ أسباب الجرح أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضي لو اعتَرضت يمنع الإمضاء فصار الرجوع قبل الإمضاء كالرجوع قبل القضاء.

قوله: فَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً، عطف على قوله: وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ بِالزِّنَا فَرُجِمَ.

قوله: أَمَّا الحَدُّ فَلِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلىٰ قوله: وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ، فإن قيل: أمَّا الأول حين رجع لم يجب عليه الحد ولا ضمان فلو لزمه ذلك إنَّما يلزمه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزمًا إيَّاه شيئًا، قلنا: لم يجب لا لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجَّة تامَّة، فإذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحدُّ على

أَوْ عَبِيدٌ فَالدِّيَةُ عَلَى المُزَكِّينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) مَعْنَاهُ إِذَا رَجَعُوا عَنِ التَّزْكِيَةِ (وَقَالَا هُوَ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ) وَقِيلَ هٰذَا إِذَا قَالُوا تَعَمَّدْنَا التَّزْكِيَةَ مَعَ عِلْمِنَا بِحَالِهِمْ، لَهُمَا أَنَّهُمْ أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَثْنَوْا عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ خَيْرًا بِأَنْ شَهِدُوا بِإِحْصَانِهِ، وَلَهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَصِيرُ حُجَّةً عَامِلَةً بِالتَّزْكِيَةِ، فَكَانَتِ التَّزْكِيَةُ فِي مَعْنَىٰ عِلَّةِ العِلَّةِ فَيُضَافُ الحُكْمُ إِلَيْهَا بِخِلَافِ شُهُودِ الإِحْصَانِ؛

الأول بالسبب المتقرِّر في حقه لا بزوال المانع.

قوله: وَقِيلَ هٰذَا إِذَا قَالُوا تَعَمَّدْنَا التَّزْكِيَةَ مَعَ عِلْمِنَا بِحَالِهِمْ، وليس المراد بقوله: وقيل، إشارة إلى القولين لكن المراد به بيان محل الخلاف.

قوله: فَكَانَتِ التَّزْكِيَةُ فِي مَعْنَىٰ عِلَّةِ العِلَّةِ، وهذا لأنَّ التلف حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لأنَّهم ألزموا القاضي القضاء والشهادة إنَّما تعمل بالعدالة وهي تثبت بالتزكية فكانت التزكية كعلة العلة للتلف وهي كالعلة في إضافة الحكم إليها كما في الرمي وسوق الدابة، وهنا تعذَّر إيجاب الضمان على الشهود لأنَّ كلامهم لم يقع شهادةً ليضاف الحكم إليها ولأنَّ العبد قد يكون عدلاً والمجوس قد يكونون صدقةً ولم يعرف منهم الكذب فيضاف إلى التزكية، بخلاف شهود الإحصان لأنه عبارة عن الخصال الحميدة وهي لا تصلح سببًا للعقوبة ولا علَّة، ألا ترىٰ أنَّ الشهادة على الزنا بدون الإحصان توجب العقوبة فشهود الإحصان ما جعلوا غير الموجب موجبًا، أمَّا الشهادة بدون التزكية لا توجب شيئًا وسبب الإتلاف الشهادة وإنَّما صارت حجَّةً بالتزكية فكانت التزكية علة العلة، وقوله: الإحصان محض الشرط، لعلَّهُ أراد به العلامة لما عُرف في أصول الفقه أنَّ الإحصان علامة لأنَّ الشرط ما يوجد العلَّة بصورتها ويتوقف انعقادها علةً على وجوده، كدخول الدار في

لِأَنَّهُ مَحْضُ الشَّرْطِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا شَهِدُوا بِلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ أَوْ أَخْبَرُوا، وَهٰذَا إِذَا أَخْبَرُوا بِالْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، أَمَّا إِذَا قَالُوا هُمْ عُدُولٌ وَظَهَرُوا عَبِيدًا لَا يَضْمَنُونَ؛ لِأَنَّ العَبْدَ قَدْ يَكُونُ عَدْلًا.

(وَلَا ضَمَانَ عَلَى الشُّهُودِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ كَلَامُهُمْ شَهَادَةً، وَلَا يُحَدُّونَ حَدَّ القَذْفِ؛ لِأَنَّهُمْ قَذَفُوا حَيًّا وَقَدْ مَاتَ فَلَا يُورَثُ عَنْهُ.

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ بِالزِّنَا فَأَمَرَ القَاضِي بِرَجْمِهِ فَضَرَبَ رَجُلٌ عُنُقَهُ ثُمَّ وَجَدَ الشُّهُودَ عَبِيدًا فَعَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ) وَفِي القِيَاسِ يَجِبُ القِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً بِغَيْرِ حَقٍّ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ القَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقْتَ القَتْلِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَهُ قَبْلَ القَضَاءِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَمْ تَصِرْ حُجَّةً بَعْدُ، وَلِأَنَّهُ ظَنَّهُ مُبَاحَ الدَّمِ

تعليق الطلاق والعتاق به، ولا يتوقف الزنا في انعقاده علةً لوجوب الرجم على الإحصان بعد ذلك فلا يكون شرطًا، ولكن الإحصان عبارة عن حالة في الزاني يصير الزاني في تلك الحالة موجبًا للرجم والحكم غير مضاف إلى الحال ثبوتًا به ولا وجودًا عنده فتكون علامةً محضةً لوجوب الرجم عند وجود الزنا.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ القَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقْتَ القَتْلِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، فإنَّ صورة القضاء تكفي لإيراث الشبهة لأنه لو كان حقًّا كان مبيحًا للدم فبصورته تمكن شبهة، كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في إسقاط الحدِّ، ولهذا لا يوجب القصاص على الولي إذا جاء المشهود بقتله حيًّا.

مُعْتَمِدًا عَلَىٰ دَلِيلٍ مُبِيحٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا ظَنَّهُ حَرْبِيًّا وَعَلَيْهِ عَلَامَتُهُمْ، وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ عَمْدٌ، وَالْعَوَاقِلُ لَا تَعْقِلُ العَمْدَ، وَيَجِبُ ذٰلِكَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِنَفْسِ القَتْلِ (وَإِنْ رُجِمَ ثُمَّ وُجِدُوا عَبِيدًا فَالدِّيَةُ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ) ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ الإِمَامِ فَنَقَلَ فِعْلَهُ إِلَيْهِ، وَلَوْ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ لِمَا ذَكَرْنَا كَذَا هٰذَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ضَرَبَ عُنُقَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتَمِرْ أَمْرَهُ.

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلَىٰ رَجُلٍ بِالزِّنَا وَقَالُوا تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ) ؛ لِأَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ لَهُمْ ضَرُورَةَ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ فَأَشْبَهَ الطَّبِيبَ وَالْقَابِلَةَ.

قوله: عَلَىٰ دَلِيلٍ مُبِيحٍ، وهو قضاء القاضي.

قوله: لِأَنَّهُ وَجَبَ بِنَفْسِ القَتْلِ، الأصلُ أنَّ كل دية وجبت بنفس القتل ابتداءً لا لمعنًى يحدث من بعد يجب في ثلاث سنين بقضيَّة عمر رضي الله عنه، ولهذا لو قتل ابنه عمدًا تجب الدية في ماله في ثلاث سنين، بخلاف بدل الصلح عن القصاص فإنه يجب حالاً لأنه ما وجب بنفس القتل.

قوله: وَلَوْ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ، أي لو باشر الإمام الرجمَ بنفسه تجب الدية في بيت المال لِمَا ذكرنا، وهو قوله قبل هذا بورقٍ في هذا الباب: لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي، وهو عاملٌ للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم.

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتَمِرْ أَمْرَهُ، لأنه أمره بالرجم دون جزّ الرقبة فلم ينتقل فعله إليه.

قوله: وَقَالُوا تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ، أي إلىٰ موضع الزنا من الزانيين.

قوله: لِأَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ لَهُمْ ضَرُورَةَ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ، لأنَّ تحمل الشهادة مأمورٌ به،

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ بِالزِّنَا فَأَنْكَرَ الإِحْصَانَ وَلَهُ امْرَأَةٌ قَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ فَإِنَّهُ يُرْجَمُ) مَعْنَاهُ أَنْ يُنْكِرَ الدُّخُولَ بَعْدَ وُجُودِ سَائِرِ الشَّرَائِطِ؛ لِأَنَّ الحُكْمَ بِثَبَاتِ النَّسَبِ مِنْهُ حُكْمٌ بِالدُّخُولِ عَلَيْهِ، وَلِهٰذَا لَوْ طَلَّقَهَا يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ وَالْإِحْصَانَ يَثْبُتُ بِمِثْلِهِ.

(فَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَشَهِدَ عَلَيْهِ بِالْإِحْصَانِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ رُجِمَ) خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ؛ فَالشَّافِعِيُّ مَرَّ عَلَىٰ أَصْلِهِ أَنَّ شَهَادَتَهُنَّ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ فِي غَيْرِ الأَمْوَالِ، وَزُفَرُ يَقُولُ إِنَّهُ شَرْطٌ فِي مَعْنَى العِلَّةِ؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ تَتَغَلَّظُ عِنْدَهُ فَيُضَافُ الحُكْمُ إِلَيْهِ فَأَشْبَهَ حَقِيقَةَ العِلَّةِ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيهِ احْتِيَالًا لِلدَّرْءِ، ....

قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢] وإقامتها لا تتحقق بدون النظر إليه عمدًا إذ لا يصحُّ التكليف مع السِّتْر ولكن مع هذا الأمر يجوز اختيار جانب الستر في الحدود فلذلك قيل بالإباحة دون الوجوب، وفي الجامع الصغير لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: قال بعض العلماء: لا تقبل شهادتَهم لإقرارهم بالفسق علىٰ أنفسهم بالنظر إلىٰ عورة الغير قصدًا، ولكنَّا نقول: النظر إلى العورة عند الحاجة يجوز شرعًا فإنَّ الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة إلىٰ ذلك لأنَّهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا.

قوله: وَالْإِحْصَانَ يَثْبُتُ بِمِثْلِهِ، أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهةٌ، ألا ترىٰ أنه يثبتُ بشهادة رجل وامرأتين فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الإحصان بالحكم بثبات النسب.

فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَّانِ عَلَىٰ ذِمِّيٍّ زَنَىٰ عَبْدُهُ الْمُسْلِمُ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الزِّنَا لَا تُقْبَلُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَنَا أَنَّ الإِحْصَانَ عِبَارَةٌ عَنِ الخِصَالِ الحَمِيدَةِ، وَأَنَّهَا مَانِعَةٌ مِنَ الزِّنَا عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى العِلَّةِ وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِهِ فِي غَيْرِ هٰذِهِ الحَالَةِ، بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ؛ لِأَنَّ العِتْقَ يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا، وَإِنَّمَا لَا يَثْبُتُ سَبْقُ التَّارِيخِ؛ لِأَنَّهُ

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَّانِ عَلَىٰ ذِمِّيٍّ زَنَىٰ عَبْدُهُ الْمُسْلِمُ، يعني أنَّ الزانَي لو كان مملوكًا لذميٍّ وذلك المملوك الزاني مسلم فشهد على الزاني ذميان أنَّ مولاه الذمي كان أعتقه قبل الزنا لم يرجم مع أنَّ شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة، ولكن لمَّا كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الإِحْصَانَ عِبَارَةٌ عَنِ الخِصَالِ الحَمِيدَةِ، بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل، وبعضها فرض عليه كالإسلام، وبعضها مندوبٌ إليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة وهيَ مانعةٌ عن الزنا لِمَا مرَّ فاستحال أن يكون سببًا لوجوب عقوبة لأنَّ سببها جناية لا محالة وليس بشرط فضلاً عن أن يكون في معنى العلة، لأنَّ الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود إحصانٍ ثبت بعد الزنا فإنه لا يرجم وإن صار محصنًا بعد الزنا، ولكنه إذا ثبت كان معرفًا لحكم الزنا فإمَّا أن يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاده علةً على إحصان بعده فلا وما للمعرف حكم العلة بوجهٍ، فصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة.

قوله: بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ، أي زُفر رحمه الله تعالىٰ أي ليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق لأنَّها لا تقوم علىٰ وجهٍ يتضرَّر به المسلم، أو نقول: العتق لم يثبت بشهادتِهما وإنَّما لا يثبت سبق التاريخ لأنَّ هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت

يُنْكِرُهُ المُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ المُسْلِمُ (فَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الإِحْصَانِ لَا يَضْمَنُونَ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَهُوَ فَرْعُ مَا تَقَدَّمَ.

بشهادة أهل الذمة، فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم، وتحقيقه: أنَّ الخصوص هناكَ في المشهود عليه فإنَّ شهادة النساء في غير الحدود والقصاص تقبل، فلمَّا لم يكن المشهود به ههنا سببًا موجبًا للعقوبة قُبِلت شهادتُهنَّ فيه.

قوله: وَهُوَ فَرْعُ مَا تَقَدَّمَ، أنَّ الإحصان شرط في معنى العلَّة فشهوده بمنزلة شهود العلة فيضمنون إذا رجعوا، وعندنا في معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عند الرَّجوع فكيف إذا كان الشرط بمعنى العلامة، والله أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ

(وَمَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ أَوْ جَاءُوا بِهِ سَكْرَانَ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِذٰلِكَ فَعَلَيْهِ الحَدُّ، وَكَذٰلِكَ إِذَا أَقَرَّ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ) لِأَنَّ جِنَايَةَ الشُّرْبِ قَدْ ظَهَرَتْ وَلَمْ يَتَقَادَمِ العَهْدُ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ».

(وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا لَمْ يُحَدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَدُّ) وَكَذٰلِكَ إِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ رِيحُهَا وَالسُّكْرُ لَمْ يُحَدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَدُّ، فَالتَّقَادُمُ يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ بِالِاتِّفَاقِ،

باب حدِّ الشرب

قوله: أَوْ جَاءُوا بِهِ سَكْرَانَ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِذٰلِكَ، أي بالسكر من الخمر أو غيرها من الأشربة المحرمة.

قوله: وَكَذٰلِكَ إِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ رِيحُهَا، عند أبي حنيفة وأ بي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، أي لا يحدُّ أيضًا إذ عندهما تشترَط الرائحة في الشهادة والإقرار، غير أنَّ الرائحة تشترَط عند تحمل الشهادة حتَّىٰ لو كان موجودًا عند الأخذ وانقطع قبل أن ينتهوا به إلى الإمام حدَّ في قولهم جميعًا، لأنَّ هذا عُذر كبعد المسافة في حدِّ الزنا والشاهد لا يُتهم في مثله.

غَيْرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِنْدَهُ اعْتِبَارًا بِحَدِّ الزِّنَا، وَهٰذَا لِأَنَّ التَّأْخِيرَ يَتَحَقَّقُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَالرَّائِحَةُ قَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِهِ، كَمَا قِيلَ:

يَقُولُونَ لِي إنْكَهْ شَرِبْتَ مُدَامَةً * فَقُلْتُ لَهُمْ لَا بَلْ أَكَلْتُ السَّفَرْجَلا

وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ: فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ، وَلِأَنَّ قِيَامَ الأَثَرِ مِنْ أَقْوَىٰ دَلَالَةٍ عَلَى القُرْبِ،

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِنْدَهُ، وهو الشهر.

قوله: وَالرَّائِحَةُ قَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِهِ، فإنَّ من استكثر أكل السفرجل توجد منه رائحة الخمر، كما قيل [1]:

[من الطويل]

يَقُولُونَ لِي إنْكَهْ شَرِبْتَ مُدَامَةً * فَقُلْتُ لَهُمْ لَا بَلْ أَكَلْتُ السَّفَرْجَلا

وقيل: شعر:

[من الوافر]

سَفَرْجَلَةٌ تَحْكِي ثَدْيَ الفَرَاهِدِ * لَهَا عُرْفٌ ذِي فِسْقٍ وَصُفْرَةِ زَاهِدِ

يقال استنكهت الشارب ونكهته تشمَّمت نكهته أي ريح فمه، ونكه الشارب في وجهي أيضًا إذا تنفَّس تعدَّىٰ ولا يتعدَّىٰ وهو من باب منع.

قوله: وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وهو أنه جاء رجلٌ، يقال له هزال، بابن أخٍ له إلى ابن مسعود رضي الله عنه وقال: أنه شرب الخمر وأقرَّ

---

(١) البيت للأُقَيْشِر الأسدي، ولد في حياة النبي صلى الله عليه وسلَّم وتوفي سنة ٨٠ من الهجرة، انظر: ديوان الأُقَيْشِر الأسدي ص (١١٢) طبع: دار صادر - بيروت.

وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِهِ، وَالتَّمْيِيزُ بَيْنَ الرَّوَائِحِ مُمْكِنٌ لِلْمُسْتَدِلِّ، وَإِنَّمَا تَشْتَبِهُ عَلَى الجُهَّالِ، وَأَمَّا الإِقْرَارُ فَالتَّقَادُمُ لَا يُبْطِلُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا عَلَىٰ مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ، وَعِنْدَهُمَا لَا يُقَامُ الحَدُّ إِلَّا عِنْدَ قِيَامِ الرَّائِحَةِ، لِأَنَّ حَدَّ الشُّرْبِ ثَبَتَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَلَا إِجْمَاعَ إِلَّا بِرَأْيِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وَقَدْ شَرَطَ قِيَامَ الرَّائِحَةِ عَلَىٰ مَا رَوَيْنَا.

(فَإِنْ أَخَذَهُ الشُّهُودُ وَرِيحُهَا تُوجَدُ مِنْهُ أَوْ سَكْرَانُ فَذَهَبُوا بِهِ مِنْ مِصْرٍ إِلَىٰ مِصْرٍ فِيهِ الإِمَامُ فَانْقَطَعَ ذٰلِكَ قَبْلَ أَنْ يَنْتَهُوا بِهِ حُدَّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ هٰذَا عُذْرٌ كَبُعْدِ المَسَافَةِ فِي حَدِّ الزِّنَا وَالشَّاهِدُ لَا يُتَّهَمُ فِي مِثْلِهِ.

(وَمَنْ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ حُدَّ) لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَقَامَ

به ابن أخيه، فقال له ابن مسعود رضي الله عنه: بئس والي اليتيم أنتَ، لا أدَّبته صغيرًا ولا سترَت عليه كبيرًا، ثم قال: خُذوه وتلتلوه ومَزْمَزُوه ثم استنكهوه، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه، فإن قيل: هذا استدلال بنفي الحكم عند عدم الشرط، والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم علىٰ أصلنا، قلنا: لا بل هذا استدلال بعدم الإجماع لأنَّ حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولا إجماع إلَّا برأي ابن مسعود رضي الله عنه، وقد شرط قيام الرائحة فعند عدمها لا إجماع فلا يحدُّ، فإن قيل: إن لم يوجد الإجماع فقد وجد النصّ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من شرب الخمر فاجلدوه» بلا قيد اشتراط الرائحة، قلنا: خُصَّ منه الشرب اضطرارًا وإكراهًا فتمكَّنت فيه الشبهة فلا يصحُّ إيجاب الحدِّ.

قوله: وَمَنْ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ، أي النبيذ الذي غلا واشتدَّ فاسم النبيذ يقع علىٰ نبيذ

الحَدَّ عَلَىٰ أَعْرَابِيٍّ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ، وَسَنُبَيِّنُ الكَلَامَ فِي حَدِّ السُّكْرِ وَمِقْدَارِ حَدِّهِ المُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَلَا حَدَّ عَلَىٰ مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الخَمْرِ أَوْ تَقَيَّأَهَا) لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ، وَكَذَا الشُّرْبُ قَدْ يَقَعُ عَنْ إِكْرَاهٍ أَوْ اضْطِرَارٍ (وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ حَتَّىٰ يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا) لِأَنَّ السُّكْرَ مِنَ المُبَاحِ لَا يُوجِبُ الحَدَّ كَالْبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ، وَكَذَا شُرْبُ المُكْرَهِ لَا يُوجِبُ الحَدَّ (وَلَا يُحَدُّ حَتَّىٰ يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ) تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ الِانْزِجَارِ.

التمر والزبيب فمادام حلوًا يحلُّ شربه وإذا غلا واشتدَّ وقذف بالزبد يحرم، وإذا طبخ أدنىٰ طبخة يحلُّ شربه ما دام حلوًا، وإذا غلا واشتدَّ وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر يحلُّ شربه ما دون السكر، وعند محمد والشافعي رحمهما الله تعالىٰ لا يحلُّ.

قوله: لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ، فإن قيل: هذا التعليل مناقضٌ لِمَا ذكر قبله أنَّ التمييز بين الروائح ممكن للمستدل؟ قلنا: التمييز ممكن لمن عَايَنَ الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه، أو نقول: الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء.

قوله: لِأَنَّ السُّكْرَ مِنَ المُبَاحِ لَا يُوجِبُ الحَدَّ كَالْبَنْجِ، وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي رحمه الله تعالىٰ: وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: من زالَ عقله بالبنج إن علم أنه بنج حين أكل يقع طلاقه وعتاقه، وإن لم يعلم لا يقع.

(وَحَدُّ الخَمْرِ وَالسُّكْرِ فِي الحُرِّ ثَمَانُونَ سَوْطًا) لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - (يُفَرَّقُ عَلَىٰ بَدَنِهِ كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا عَلَىٰ مَا مَرَّ) ثُمَّ يُجَرَّدُ فِي المَشْهُودِ مِنَ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يُجَرَّدُ إِظْهَارًا لِلتَّخْفِيفِ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ، وَوَجْهُ المَشْهُورِ أَنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ مَرَّةً فَلَا يُعْتَبَرُ ثَانِيًا (وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ سَوْطًا)

قوله: وَحَدُّ الخَمْرِ وَالسُّكْرِ، أي من غير الخمر، فإنَّ وجوب الحد في الخمر غير موقوف إلى وجود السكر بل يجب الحد بشرب قطرة منها، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، رُوِيَ أنَّ الصحابة تشاوروا في حدِّ الخمر فقال كلُّ واحد منهم ما بدا له، فقال علي رضي الله عنه: إذا سكر هذىٰ وإذا أهذى افترىٰ وحدُّ المفترين في كتاب الله تعالى ثمانون سوطًا فاستحسنوا واتفقوا على ذلك فصار ذلك إجماعًا، فإن قيل: استدلال علي رضي الله عنه يتأتّىٰ في حدِّ السكر أمَّا في الخمر كيف يستدلُّ به والحدُّ لم يتعلق بالسكر منه؟ قلنا: في الخمر يدعو قليله إلىٰ كثيره فكان سببًا للسكر غالبًا، وقيل: ما من طعامٍ وشرابٍ إلَّا ولذَّته في الابتداء تزيد على لذَّته في الانتهاء إلَّا الخمر، فإنَّ اللذة لشاربِها تزداد بالإكثار منها، ولهذا يزداد حرصه علىٰ شربِها إذا أصاب منها شيئًا.

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ، أي نصٌّ قاطعٌ.

قوله: أَنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ مَرَّةً، أي من حيث العدد لم نجعله مائةً كما في حدِّ الزنا مع أنَّ الإلحاق به أوْلىٰ لأنَّ دليل كل واحد منهما قطعيٌّ فلا يعتبَر ثانيًا أي فلا يخفَّف ثانيًا من حيث الصفة بتَرك التجريد بل يجرد.

لِأَنَّ الرِّقَّ مُتَّصِفٌ عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

(وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الخَمْرِ وَالسَّكَرِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُحَدَّ) لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَىٰ (وَيَثْبُتُ الشُّرْبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ وَ) يَثْبُتُ (بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَشْتَرِطُ الإِقْرَارَ مَرَّتَيْنِ وَهُوَ نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ فِي السَّرِقَةِ، وَسَنُبَيِّنُهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ) لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ وَتُهْمَةَ الضَّلَالِ وَالنِّسْيَانِ.

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الخَمْرِ وَالسَّكَرِ، في النهاية: بفتحتين عصر الرطب إذا اشتدَّ، هو في الأصل مصدر سَكَر من الشراب سكرًا وسكرًا، وفي المستصفىٰ في قوله: ومن أقرَّ بشرب الخمر أو السكر، بفتحتين هو السماع وهو عصير الرطب إذا اشتدَّ، ولم يرد به هذا الخاص بل المراد به سائر المسكرات التي توجب الحدَّ سوى الخمر، وإنَّما خصَّه لأنه الغالب في بلادهم، وجاز أن يراد به السكر، وعلى التقديرين لا بُدَّ من الإضمار فإنَّ بمجرَّد الإقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يقل أنه سكر من الأشربة المحرمة، وكذا بمجرد الإقرار بشرب السكر لا يجب الحدُّ ما لم يوجد السكر.

قوله: لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ، لقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وإنَّما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لأنَّ استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتَهنَّ يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الأبدال، ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم.

(وَالسَّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّ هُوَ الَّذِي لَا يَعْقِلُ مَنْطِقًا لَا قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا وَلَا يَعْقِلُ الرَّجُلَ مِنَ الْمَرْأَةِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: (وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي

قوله: وَالسَّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّ، أي السكران الذي سكر بشرب غير الخمر من الأشربة المحرَّمة، فإنَّ في شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحدِّ على وجود السكر، ثم قوله: وَالسَّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّ - إلى قوله - قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، إنَّما خصَّ المصنف رحمه الله تعالى بأنَّ هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنَّ الذي ذكره من قوله: وَالسَّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّ، إلىٰ هذا لفظ الجامع الصغير من غير ذكر الخلاف، فبيَّن المصنف رحمه الله تعالىٰ بِهذا أنَّ هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا قول الكل، وذكر في الفوائد الظهيرية: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: السكران هو الذي لا يعقل منطقًا لا قليلاً ولا كثيرًا، ولا يعقل الرجال من النساء، ولا الأرض من السماء، والفرو من القباء، وعندهما أن يهذي ويختلط كلامه ويتمايل في مشيته، وعن ابن الوليد: سألتُ أبا يوسفَ رحمه الله تعالى عن السكران الذي يجب عليه الحدُّ، قال: أن يستقرأ ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ ۝١﴾ [الكافرون: ١] ولا يقدر عليه، فقلتُ: كيف عيَّنتَ هذه السورة وربَّما أخطأ فيه الصاحي؟ قال: لأنَّ تحريم الخمر نزلَ فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتَها، وحُكي أنَّ أئمة بلخ رحمهم الله تعالىٰ اتفقوا على استقراء هذه السورة، ثم إنَّ بعض الشُّرط أتىٰ بسكرانٍ أميرَ البلخِ فأمر الأمير أن يقرأ هذه السورة، فقال له السكران: اقرأ أنتَ سورة الفاتحة أوَّلاً، فلمَّا قال الأمير: (الحمد لله) فقال له السكران: قِفْ! قد أخطأتَ من وجهين: أحدهما: أنكَّ تركت التعوذ عند افتتاح القراءة، والثاني: أنكَ تركت التسميةَ وهي آية من أوَّل الفاتحة عند بعض الأئمة والقراء، فخجل الأمير وجعل يضرب الشرطيَّ ويقول: أمرتُكَ أن تأتيني بسكرانٍ فأتيتني بمقرئ بلخٍ.

حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: هُوَ الَّذِي يَهْذِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ) لِأَنَّهُ هُوَ السَّكْرَانُ فِي العُرْفِ، وَإِلَيْهِ مَالَ أَكْثَرُ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللهُ، وَلَهُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِي أَسْبَابِ الحُدُودِ بِأَقْصَاهَا دَرْءًا لِلْحَدِّ، وَنِهَايَةُ السَّكْرِ أَنْ يَغْلِبَ السُّرُورُ عَلَى العَقْلِ فَيَسْلُبُهُ التَّمْيِيزَ بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ، وَمَا دُونَ ذٰلِكَ لَا يَعْرَىٰ عَنْ شُبْهَةِ الصَّحْوِ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي القَدَحِ المُسْكِرُ فِي حَقِّ الحُرْمَةِ مَا قَالَاهُ بِالْإِجْمَاعِ أَخْذًا بِالِاحْتِيَاطِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يَعْتَبِرُ ظُهُورَ أَثَرِهِ فِي مِشْيَتِهِ وَحَرَكَاتِهِ وَأَطْرَافِهِ وَهٰذَا مِمَّا يَتَفَاوَتُ فَلَا مَعْنَىٰ لِاعْتِبَارِهِ.

قوله: وَقَالَا: هُوَ الَّذِي يَهْذِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ، أي يكون غالب كلامه الهذيان.

قوله: وَمَا دُونَ ذٰلِكَ لَا يَعْرَىٰ عَنْ شُبْهَةِ الصَّحْوِ، يعني أنه إذا كان يميز بين الأشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نِهاية السكر، وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات.

قوله: وَالْمُعْتَبَرُ فِي القَدَحِ المُسْكِرُ فِي حَقِّ الحُرْمَةِ مَا قَالَاهُ بِالْإِجْمَاعِ، وهو قوله: هُوَ الَّذِي يَهْذِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ، أخذًا بالاحتياط، لأنه لمَّا اعتقد حرمة القدح الذي يلزم منه الهذيان واختلاط الكلام يمتنع عنه، فلمَّا امتنع عنه وهو الأدنىٰ في حدِّ السكر كان ممتنعًا من الأعلىٰ فيه وهو ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى في حدِّه.

قوله: وَهٰذَا مِمَّا يَتَفَاوَتُ، أي ظهور الأثر في المشية ممَّا يختلف، فإنَّ السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلق أو يعمر فيرى التمايل منه، فلم ينهض ظهور الأثر دليلاً على السكر.

(وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِهِ عَلَىٰ نَفْسِهِ) لِزِيَادَةِ احْتِمَالِ الكَذِبِ فِي إِقْرَارِهِ فَيَحْتَالُ لِدَرْئِهِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَىٰ، بِخِلَافِ حَدِّ القَذْفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبْدِ وَالسَّكْرَانُ فِيهِ كَالصَّاحِي عُقُوبَةً عَلَيْهِ كَمَا فِي سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ، وَلَوِ ارْتَدَّ السَّكْرَانُ لَا تَبِينُ مِنْهُ امْرَأَتُهُ ....

قوله: وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِهِ عَلَىٰ نَفْسِهِ، أي في الحدود الخالصة لله تعالىٰ مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة، فأمَّا في الحدِّ الذي فيه حقُّ العبد كحدِّ القذف فإنه يحد بإقراره وإن كان إقراره في حال سكر، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالى: ويؤخذ بإقراره فيما سوى الحدود الخالصة لله تعالى من الحقوق والحدود الواجبة للعباد كحدِّ القذف، عُرِفَ ذلك بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنَّهم قالوا: إذا سكر هذىٰ وإذا هذى افترىٰ وحدُّ المفترين ثمانون سوطًا، فهذا إجماعٌ منهم على وجوب حدِّ القذف حقًّا للعبد، فإذا وجبَ عليه حدُّ القذف حقًّا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره، وذكر في الذخيرة: وهذا في الإقرار، وأمَّا إذا زنىٰ أو سرق حال سكره يحدُّ به بخلاف الإقرار بِهما في حال السكر حيث لا يحدُّ لأنَّ الإقرار يحتمل الإنشاء، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى: ولا يحد السكران بإقراره علىٰ نفسه بالزنا والسرقة لأنه إذا صحَى ورجع بطل إقراره، ولكن يضمن المسروق، بخلاف حدِّ القذف والقصاص حيث يُقام عليه في حال سكره لأنه لا فائدة في التأخير لأنه لا يملك الرجوع لأنَّهما من حقوق العباد.

قوله: كَمَا فِي سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ، من الإقرار بالمال والطلاق والعتاق.

قوله: وَلَوِ ارْتَدَّ السَّكْرَانُ لَا تَبِينُ مِنْهُ امْرَأَتُهُ، هذا جوابُ الاستحسان، وفي القياس تبين امرأته، كذا في سير المبسوط.

لِأَنَّ الكُفْرَ مِنْ بَابِ الِاعْتِقَادِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ السُّكْرِ، وَهٰذَا قَوْلُ أَبِيْ حَنِيْفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ تَكُوْنُ رِدَّةً، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: لِأَنَّ الكُفْرَ مِنْ بَابِ الِاعْتِقَادِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ السُّكْرِ، فإن قيل: الإسلام أيضًا من باب الاعتقاد فيصحُّ إسلام الكافر حالة السكر؟ قلنا: السكران مع سكره غير خال عن نوع تمييز له، بدليل توجه الخطاب إليه وصحة وقوع طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته، لِمَا أنَّ السكران يختلط عقله ولا ينفيه، ولمَّا كان كذلك اعتبَرنا ذلك القدر في صحة إسلامه دون كفره لأنَّ الإسلام يعلو ولا يعلىٰ، كما في ارتداد المكره وإسلامه حيث يصحُّ إسلامه ولا يصحُّ كفره، والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

بَابُ حَدِّ القَذْفِ

(وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُحْصَنًا أَوِ امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا، وَطَالَبَ المَقْذُوفُ بِالْحَدِّ حَدَّهُ الحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا إنْ كَانَ حُرًّا) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] إلَىٰ أَنْ قَالَ ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] الآيَةَ، وَالْمُرَادُ الرَّمْيُ بِالزِّنَا بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي النَّصِّ إشَارَةٌ إلَيْهِ وَهُوَ اشْتِرَاطُ أَرْبَعَةٍ مِنَ الشُّهَدَاءِ إذْ هُوَ مُخْتَصٌّ بِالزِّنَا، وَيُشْتَرَطُ مُطَالَبَةُ المَقْذُوفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّهُ مِنْ حَيْثُ

باب حدِّ القذف

قوله: وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُحْصَنًا أَوِ امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا، ذكر الرجل ليس بقيدٍ، واحترز بقوله بصريح الزنا عمَّا إذا كان القذف بطريق الكناية بأن قال رجلاً محصنًا: يا زاني، فقال الآخر: صدقتَ، لم يحدَّ المصدق، ولا يشكل على قوله رجلاً محصنًا أو امرأةً محصنةً قذف الأخرس المحصن والخرساء المحصنة لاحتمال التصديق منهما لو كانا ينطقان، أو لاحتمال أن يكون مطالبتهما تصديقًا فلا يحدُّ مع الشبهة.

قوله: وَطَالَبَ المَقْذُوفُ، لا يقال: مطالبة المقذوف ليست بشرط لأنه يحدُّ القاذف بمطالبة من يقع القدح في نسبه إذا كان المقذوف ميِّتًا، لأنَّا نقول: لمَّا قام مقامه أخذ حكمه فنسبت مطالبته إليه، أو لأنَّ من يقع القدح في نسبه مقذوفٌ أيضًا لتتحقق مطالبة المقذوف، فإن قيل: المغلب فيه حقُّ الله تعالى فكان ينبغي أن لا تشترط مطالبة العبد كما لا يصحُّ عفوه؟ قلنا: حقُّ العبد وإن كان مغلوبًا فيه يصلح أن تشترط مطالبته احتيالاً لدرئ الحدِّ.

دَفْعُ العَارِ وَإِحْصَانُ المَقْذُوفِ لِمَا تَلَوْنَا.

قَالَ: (وَيُفَرَّقُ عَلَىٰ أَعْضَائِهِ) لِمَا مَرَّ فِي حَدِّ الزِّنَا (وَلَا يُجَرَّدُ مِنْ ثِيَابِهِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ غَيْرُ مَقْطُوعٍ بِهِ فَلَا يُقَامُ عَلَى الشِّدَّةِ، بِخِلَافِ حَدِّ الزِّنَا (غَيْرَ أَنَّهُ يُنْزَعُ عَنْهُ الفَرْوُ وَالْحَشْوُ) لِأَنَّ ذٰلِكَ يَمْنَعُ إِيصَالَ الأَلَمِ بِهِ (وَإِنْ كَانَ القَاذِفُ عَبْدًا جُلِدَ أَرْبَعِينَ سَوْطًا) لِمَكَانِ الرِّقِّ (وَالْإِحْصَانُ أَنْ يَكُونَ المَقْذُوفُ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسْلِمًا عَفِيفًا عَنْ فِعْلِ الزِّنَا) أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلِأَنَّهُ يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ الإِحْصَانِ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى المُحْصَنَاتِ مِنَ العَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] أَيِ الحَرَائِرِ، وَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ لِأَنَّ العَارَ لَا يَلْحَقُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزِّنَا مِنْهُمَا، وَالْإِسْلَامُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَشْرَكَ بِاللهِ

قوله: لِمَا مَرَّ فِي حَدِّ الزِّنَا، وهو قوله: لأنَّ الجمع في عضوٍ واحدٍ قد يفضي إلى التلف.

قوله: لِأَنَّ سَبَبَهُ غَيْرُ مَقْطُوعٍ بِهِ، لأنه يحتمل أن يكون القاذف صادقًا في نسبته إلى الزنا وإن كان عاجزًا عن إقامة البينة لأن إثبات الزنا بالبينة على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلهذا خفِّف ولم يقم على الشدَّة، بخلاف حد الزنا حيث يجرَّد من ثيابه لأنَّ سببه معاين بالبينة أو بالإقرار.

قوله: فَلِأَنَّهُ يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ الإِحْصَانِ، فإن قيل: قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ﴾ [النساء: ٢٥] المراد منه الإماء؟ قلنا: أريد بالمحصنات الحرائر فشرطنا الحرية احتيالاً للدرئ.

فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ» وَالْعِفَّةُ لِأَنَّ غَيْرَ العَفِيفِ لَا يَلْحَقُهُ العَارُ، وَكَذَا القَاذِفُ صَادِقٌ فِيهِ (وَمَنْ نَفَىٰ نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ لَسْتَ لِأَبِيكَ فَإِنَّهُ يُحَدُّ) وَهٰذَا إِذَا كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً مُسْلِمَةً، لِأَنَّهُ فِي الحَقِيقَةِ قَذْفٌ لِأُمِّهِ لِأَنَّ النَّسَبَ إِنَّمَا يُنْفَىٰ عَنِ الزَّانِي لَا عَنْ غَيْرِهِ.

(وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ فِي غَضَبٍ لَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ لِأَبِيهِ الَّذِي يُدْعَىٰ لَهُ يُحَدُّ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ غَضَبٍ لَا يُحَدُّ) لِأَنَّ عِنْدَ الغَضَبِ يُرَادُ بِهِ حَقِيقَتُهُ سَبًّا

قوله: وَمَنْ نَفَىٰ نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ لَسْتَ لِأَبِيكَ، أي لستَ لأصلكَ الذي خلقت من مائه، وإنَّما ينقطع نسبه عن صاحب الماء إذا حصل بالزنا، فإن قيل: جاز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمّه زانيةً بأن كانت موطوءة بشبهةٍ، قلنا: وجوب الحدِّ هنا بطريق الاستحسان لا بطريق القياس، وذكر في المبسوط: ولكنَّا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه: لا حدَّ إلَّا في قذف محصنة أو نفي رجل من أبيه، ولأنَّها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان، وإنَّما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانيةً فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف لأمِّه، وإلى هذا المعنى أشار في الكتاب بقوله: لِأَنَّ النَّسَبَ إِنَّمَا يُنْفَىٰ عَنِ الزَّانِي لَا عَنْ غَيْرِهِ، فإنَّ غير الزانِي عام جاز أن يكون زوج أمِّه أو من وطء أمِّه بشبهةٍ في عدَّته فولدته أمه كما ذكرنا فيثبت منهما النسب، ولمَّا نفى القاذف نسبه مطلقًا عُلِم أنَّ مراد القاذف ليس غير الزانِي بل مراده الزانِي لأنَّ الزانِي لا نسبَ له أصلاً ولكن هو غير معين فلا يحدُّ بسببه ولكن يحدُّ بسبب أمِّه لأنه لمَّا كان الرجل الذي نفىٰ عنه النسب زانيًا كانت أمّه زانيةً لا محالة فيجب الحدُّ بسببها إذا كانت محصنةً، فإن قيل: هذا كناية في القذف فينبغي أن لا يحدَّ، قلنا: وجوب الحدِّ بالأثر، أو نقول: عدم وجوب الحدِّ في الكناية لاستتار المراد، أمَّا إذا لم يكن مستتِرًا فالكناية بمنزلة الصريح،

لَهُ، وَفِي غَيْرِهِ يُرَادُ بِهِ المُعَاتَبَةُ بِنَفْيِ مُشَابَهَتِهِ أَبَاهُ فِي أَسْبَابِ المُرُوءَةِ (وَلَوْ قَالَ لَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ يَعْنِي جَدَّهُ لَمْ يُحَدَّ) لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي كَلَامِهِ، وَلَوْ نَسَبَهُ إِلَىٰ جَدِّهِ لَا يُحَدُّ أَيْضًا لِأَنَّهُ قَدْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ مَجَازًا.

(وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ فَطَالَبَ الِابْنُ بِحَدِّهِ حُدَّ القَاذِفُ) لِأَنَّهُ قَذَفَ مُحْصَنَةً بَعْدَ مَوْتِهَا (وَلَا يُطَالِبُ بِحَدِّ القَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ القَدْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ وَهُوَ الوَالِدُ وَالْوَلَدُ) لِأَنَّ العَارَ يَلْتَحِقُ بِهِ لِمَكَانِ الجُزْئِيَّةِ فَيَكُونُ القَذْفُ مُتَنَاوِلًا لَهُ مَعْنًى، وَعِنْدَ

كما لو قال للقاذف: هو كما قلتَ، فإنه يحدُّ به وإن لم يكن صريحاً.

قوله: وَلَوْ نَسَبَهُ إِلَىٰ جَدِّهِ لَا يُحَدُّ أَيْضًا لِأَنَّهُ قَدْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ مَجَازًا، قال الله تعالى: ﴿كَمَآ أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم﴾ [الأعراف: ٢٧] وكذا إذا نسبه إلىٰ خاله أو عمِّه أو زوج أمِّه لا يحد لأنَّ كل واحد منهم يدعى أبًا، قال الله تعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ﴾ [يوسف: ١٠٠] قالوا هي خالته وأبوه، وقال عليه الصلاة والسلام: «الخالُ أبٌ» وقال الله تعالى: ﴿نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وإسماعيل كان عمًّا له قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱبْنِى مِنْ أَهْلِى﴾ [هود: ٤٥] وقيل: إنه كان ابن امرأته.

قوله: لِأَنَّ العَارَ يَلْتَحِقُ بِهِ لِمَكَانِ الجُزْئِيَّةِ، فإن قيل: ينبغي أن يكون له ولاية المطالبة حاضرًا كان المقذوف أو غائبًا، حيًّا كان أو ميِّتًا، وكذا إذا مات بعد القذف، قلنا: المقذوف يلحقه العار قصدًا وهؤلاء ضمنًا فلا نعتبر خصومتهم ما دام المقذوف حيًّا لأنَّ ما ثبت في ضمن غيره لا يعطىٰ له حكم نفسه، وإذا مات بطل المتضمن فبطل ما في ضمنه، بخلاف ما إذا قذف ميِّتًا محصنًا فإنَّ الميت ليس بأهل للحوق العار به فيعود إلى من يقع

الشَّافِعِيِّ يَثْبُتُ حَقُّ المُطَالَبَةِ لِكُلِّ وَارِثٍ لِأَنَّ حَدَّ القَذْفِ يُورَثُ عِنْدَهُ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ، وَعِنْدَنَا وِلَايَةُ المُطَالَبَةِ لَيْسَتْ بِطَرِيقِ الإِرْثِ بَلْ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلِهٰذَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا لِلْمَحْرُومِ عَنِ المِيرَاثِ بِالْقَتْلِ، وَيَثْبُتُ لِوَلَدِ البِنْتِ كَمَا يَثْبُتُ لِوَلَدِ الِابْنِ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ، وَيَثْبُتُ لِوَلَدِ الوَلَدِ حَالَ قِيَامِ الوَلَدِ خِلَافًا لِزُفَرَ.

(وَإِذَا كَانَ المَقْذُوفُ مُحْصَنًا جَازَ لِابْنِهِ الكَافِرِ وَالْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالْحَدِّ) خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، هُوَ يَقُولُ: القَذْفُ يَتَنَاوَلُهُ مَعْنًى لِرُجُوعِ العَارِ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ طَرِيقُهُ الإِرْثَ عِنْدَنَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلًا

القدح في نسبه بقذفه قصدًا فتثبت له ولاية المطالبة.

قوله: وَيَثْبُتُ لِوَلَدِ البِنْتِ كَمَا يَثْبُتُ لِوَلَدِ الِابْنِ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، له أنه منسوب إلىٰ أبيه لا إلى أمّه فلا يلحقه الشين بزنا أب الأم، ولنا أنَّ النسب يثبت من الجانبين ويصير الولد به كريم الطرفين فكان القذف متناولاً له.

قوله: وَيَثْبُتُ لِوَلَدِ الوَلَدِ حَالَ قِيَامِ الوَلَدِ خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، له أنَّ الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كولد المقذوف مع بقائه واعتُبِر هذا بطلب الكفاءة فإنَّه لا خصومةَ فيه للأبعد مع بقاء الأقرب، قلنا: أنَّ حقُّ الخصومة باعتبار لحوق العار وذا موجودٌ في حقِّ ولد الولد والحقُّ ليس بطريق الإرث حتى يعتبَر القرب بخلاف المقذوف فإنَّ حقَّ الخصومة باعتبار نيل القاذف من عرضه وذا لا يوجد في حق ولده، ولأنَّ مساهلته توهم تصديقه لأنه أعْلم بما جرىٰ عليه من ولده، وبخلاف الكفاءة لأنه لا ولايةَ للأبعد مع وجود الأقْرب.

لَهُ صُورَةً وَمَعْنًى، وَلَنَا أَنَّهُ عَيَّرَهُ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ فَيَأْخُذُهُ بِالْحَدِّ، وَهٰذَا لِأَنَّ الإِحْصَانَ فِي الَّذِي يُنْسَبُ إِلَى الزِّنَا شَرْطٌ لِيَقَعَ تَعْيِيرًا عَلَى الكَمَالِ ثُمَّ يَرْجِعُ هٰذَا التَّعْيِيرُ الكَامِلُ إِلَىٰ وَلَدِهِ، وَالْكُفْرُ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الِاسْتِحْقَاقِ، بِخِلَافِ إِذَا تَنَاوَلَ القَذْفُ نَفْسَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدِ التَّعْيِيرُ عَلَى الكَمَالِ لِفَقْدِ الإِحْصَانِ فِي المَنْسُوبِ إِلَى الزِّنَا.

(وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ مَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ، وَلَا لِلِابْنِ أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ المُسْلِمَةِ) لِأَنَّ المَوْلَىٰ لَا يُعَاقَبُ بِسَبَبِ عَبْدِهِ، وَكَذَا الأَبُ بِسَبَبِ ابْنِهِ، وَلِهٰذَا لَا يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِهِ وَلَا السَّيِّدُ بِعَبْدِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَانْعِدَامِ المَانِعِ.

(وَمَنْ قَذَفَ غَيْرَهُ فَمَاتَ المَقْذُوفُ بَطَلَ الحَدُّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَبْطُلُ (وَلَوْ مَاتَ بَعْدَمَا أُقِيمَ بَعْضُ الحَدِّ بَطَلَ البَاقِي) عِنْدَنَا خِلَافًا

قوله: ثُمَّ يَرْجِعُ هٰذَا التَّعْيِيرُ الكَامِلُ إِلَىٰ وَلَدِهِ، وهذا لأنَّ القذف يتناول الميت صورةً ويتناوله معنًى بالتعدي إليه، والشيء إذا تعدَّىٰ عن محل إلى محل يتعدى على الوصف الذي كان ثابتًا في ذلك المحل، فإذا كان المقذوف محصنًا تعدَّىٰ إليه بصفة الكمال، وإن كان المقذوف غير محصن لم يكن التعدي بصفة الكمال فاعتبر كمال الحال في حقِّ من يتناوله القذف صريحًا ليكون التعدي كاملاً في حقِّ من يتناوله معنًى.

قوله: وَكَذَا الأَبُ بِسَبَبِ ابْنِهِ، ذكر حكم الولد دون الوالدة والحكم لا يختلف فيهما، وذكر في قتل الكفاية: لا يحدُّ الأصول بقذف الفروع لأنه لا يقتل لهم، فلأَن لا يحدَّ أوْلىٰ.

لَهُ بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّهُ يُورَثُ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَا يُورَثُ، وَلَا خِلَافَ أَنَّ فِيهِ حَقَّ الشَّرْعِ وَحَقَّ العَبْدِ فَإِنَّهُ شُرِعَ لِدَفْعِ العَارِ عَنِ المَقْذُوفِ وَهُوَ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهِ عَلَى الخُصُوصِ، فَمِنْ هٰذَا الوَجْهِ حَقُّ العَبْدِ، ثُمَّ إِنَّهُ شُرِعَ زَاجِرًا وَمِنْهُ سُمِّيَ حَدًّا، وَالْمَقْصُودُ مِنْ شَرْعِ الزَّاجِرِ إِخْلَاءُ العَالَمِ عَنِ الفَسَادِ، وَهٰذَا آيَةُ حَقِّ الشَّرْعِ وَبِكُلِّ ذٰلِكَ تَشْهَدُ الأَحْكَامُ، وَإِذَا تَعَارَضَتِ الجِهَتَانِ، فَالشَّافِعِيُّ مَالَ إِلَىٰ تَغْلِيبِ حَقِّ العَبْدِ تَقْدِيمًا لِحَقِّ العَبْدِ بِاعْتِبَارِ حَاجَتِهِ وَغِنَى الشَّرْعِ، وَنَحْنُ صِرْنَا إِلَىٰ تَغْلِيبِ حَقِّ الشَّرْعِ لِأَنَّ مَا لِلْعَبْدِ مِنَ الحَقِّ يَتَوَلَّاهُ مَوْلَاهُ فَيَصِيرُ حَقُّ العَبْدِ مَرْعِيًّا بِهِ، وَلَا كَذٰلِكَ عَكْسُهُ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْعَبْدِ فِي اسْتِيفَاءِ حُقُوقِ الشَّرْعِ إِلَّا نِيَابَةً عَنْهُ، وَهٰذَا هُوَ الأَصْلُ المَشْهُورُ الَّذِي يَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ الفُرُوعُ المُخْتَلَفُ فِيهَا، مِنْهَا الإِرْثُ، إِذِ الإِرْثُ يَجْرِي فِي حُقُوقِ العِبَادِ لَا فِي حُقُوقِ الشَّرْعِ، وَمِنْهَا العَفْوُ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عَفْوُ المَقْذُوفِ عِنْدَنَا وَيَصِحُّ عِنْدَهُ، وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَيَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ وَعِنْدَهُ لَا يَجْرِي، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي العَفْوِ مِثْلُ قَوْلِ

قوله: تَشْهَدُ الأَحْكَامُ، فممَّا يدلُّ علىٰ أنه حق العبد أنه لا يسقط بالتقادم، ويقيمه القاضي بعلم نفسه، ولا يصحُّ الرجوع عنه بعد الإقرار، ويقام على المستأمن في دار الإسلام، وتشترَط فيه الخصومة، ويقدم استيفاؤه على حدِّ الزنا والسرقة، ولا يبطل مع الرجم، وممَّا يدلُّ على أنه حق الله تعالى أنه لا يُباح بإباحة العبد، ولا يحلف القاذف فيه،

الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ ؛ وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الغَالِبَ حَقُّ العَبْدِ وَخَرَّجَ الأَحْكَامَ، وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ.

ولا ينقلب مالاً عند سقوطه، ويتنصف بالرقِّ.

قوله: وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الغَالِبَ حَقُّ العَبْدِ، المراد به صدر الإسلام أبو اليُسر رحمة الله تعالىٰ عليه.

قوله: وَخَرَّجَ الأَحْكَامَ، أي أجاب عن الأحكام التي تدلُّ على أنه حقُّ الله تعالى بجواب علىٰ وفق مذهبنا، وذكر الإمام صدر الإسلام رحمه الله تعالى في مبسوطه: أنَّ الصحيح أنَّ المغلب فيه حقُّ العبد كما قال الشافعي رحمه الله تعالى، لأنَّ محمدًا رحمه الله تعالى نصَّ في الأصل أنَّ حدّ القذف حقّ العبد كالقود وأكثر الأحكام تدلُّ عليه، وذكر في جامعه الصغير: وإنَّما جعل الإقامة إلى الإمام لأنَّ الضرب غير مقدر في نفسه، فلو جعل الإقامة إليه لزاد على ما هو المعهود فيؤدي إلى التلف فجعل الإقامة إلى الإمام بطريق المصلحة، وقال فيه أيضًا: ثمَّ إنه لا يورث عند أصحابنا مع أنه حق العبد كما لا يورث حقُّ الشفعة وخيار الشرط لِمَا أنَّ الإرث إنما يجري في الأعيان، قال عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالاً فَلِوَرَثَتِهِ» وهذا لأنَّ المال يبقي بعد موت المورث ويفضل عن حوائجه فلا بُدَّ من أن يصرف إلىٰ أقرب الناس إليه وهم ورثته، أمَّا حقُّ القذف فليس بملك عين ولا في معنى ملك العين بل هو ملك الفعل وهو ملك الضرب، والفعل لا يبقى فملك الفعل لا يبقى أيضًا، ولهذا قلنا أنَّ حق الشفعة لا يورث لأنه ملك فعل وهو الفسخ، بخلاف القصاص حيث يورث لأنه في معنى ملك العين لأنه يملك إتلاف العين وملك الإتلاف ملك العين عند الناس فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باقٍ فيخلف الوارث في حقِّ استيفاء القصاص.

قوله: وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ، وهو أنَّ الغالب فيه حقُّ الله تعالىٰ أظْهَر وأشْهَر، وعليه عامَّة

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِالْقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ) لِأَنَّ لِلْمَقْذُوفِ فِيهِ حَقًّا فَيُكَذِّبُهُ فِي الرُّجُوعِ، بِخِلَافِ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ اللهِ لِأَنَّهُ لَا مُكَذِّبَ لَهُ فِيهِ (وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ يَا نِبْطِيُّ لَمْ يُحَدَّ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ فِي الأَخْلَاقِ أَوْ عَدَمِ الفَصَاحَةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَسْتَ بِعَرَبِيٍّ لِمَا قُلْنَا.

(وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ فِي الجُودِ وَالسَّمَاحَةِ وَالصَّفَاءِ، لِأَنَّ مَاءَ السَّمَاءِ لُقِّبَ بِهِ لِصَفَائِهِ وَسَخَائِهِ (وَإِنْ نَسَبَهُ إِلَىٰ عَمِّهِ أَوْ خَالِهِ أَوْ إِلَىٰ زَوْجِ أُمِّهِ فَلَيْسَ بِقَذْفٍ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هٰؤُلَاءِ يُسَمَّىٰ أَبًا، أَمَّا الأَوَّلُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ:

أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ.

قوله: يَا نِبْطِيُّ، النِّبْط جيلٌ من الناس بسواد العراق، الواحد نبطيٌّ، فهم ممن يذمُّ بالنسبة إليهم، قال ابن أبي ليلىٰ: إذا قال لعربي: يا نبطي أو قال لستُ من بني فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحدُّ لأنه نسبه إلىٰ غير أبيه، قلنا: يراد به النسبة إلى الجهل واللكنة لا النفي عن الأب عادةً، كمن قال لمصري يا رستاقي أو يا قروي فإنه لم يجب عليه شيءٌ، كذا هنا، وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه سُئل عن رجل قال لرجل من قريشٍ: يا نبطي، قال: لا حدَّ عليه.

قوله: يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ، وماءُ السماء هو لقب عامر بن حارثة الأزدي، كان يُلقَّب بماء السماء لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر أي عطاءًا وجودًا، وأمّ المنذر بن امرئ القيس فكانت تُسمَّىٰ ماء السماء لجمالها وحُسنها، وقيل لولدها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق.

﴿نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وَإِسْمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لَهُ، وَالثَّانِي لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْخَالُ أَبٌ» ، وَالثَّالِثُ لِلتَّرْبِيَةِ.

(وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ زَنَأْتَ فِي الجَبَلِ وَقَالَ عَنَيْتُ صُعُودَ الجَبَلِ حُدَّ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يُحَدُّ) لِأَنَّ المَهْمُوزَ مِنْهُ لِلصُّعُودِ حَقِيقَةٌ قَالَتِ امْرَأَةٌ مِنَ العَرَبِ:

وَارْقَ إِلَى الخَيْرَاتِ زَنَأً فِي الجَبَلِ

وَذِكْرُ الجَبَلِ يُقَرِّرُهُ مُرَادًا، وَلَهُمَا أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي الفَاحِشَةِ مَهْمُوزًا أَيْضًا لِأَنَّ مِنَ العَرَبِ مَنْ يَهْمِزُ المُلَيَّنَ كَمَا يُلَيِّنُ المَهْمُوزَ، وَحَالَةُ الغَضَبِ وَالسِّبَابِ تُعَيِّنُ الفَاحِشَةَ مُرَادًا بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا قَالَ يَا زَانِي أَوْ قَالَ زَنَأْتَ، وَذِكْرُ الجَبَلِ إِنَّمَا يُعَيِّنُ الصُّعُودَ مُرَادًا إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلِمَةِ عَلَىٰ

قوله: وَذِكْرُ الجَبَلِ يُقَرِّرُهُ مُرَادًا، لأنه قرينة الصعود، ولهذا لو قال: زنأت في الجبل لا يحدُّ، وحرف «في» لا ينافي الصعود، كما في قول الشاعر:

وَارْقَ إِلَى الخَيْرَاتِ زَنَأً فِي الجَبَلِ

وكما في قوله تعالى: ﴿كَأَنَّمَا يَصَّعَّدُ فِي ٱلسَّمَآءِ﴾ [الأنعام: ١٢٥] وحقيقة ما نوىٰ إن لم يثبت يورث الشبهة.

قوله: وَذِكْرُ الجَبَلِ إِنَّمَا يُعَيِّنُ الصُّعُودَ مُرَادًا إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلِمَةِ عَلَىٰ، فإن قيل: «في» تجيء بمعنى «على»، قال الله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ [طه: ٧١]

إِذْ هُوَ لِلْمُسْتَعْمَلِ فِيهِ، وَلَوْ قَالَ زَنَأْتَ عَلَى الجَبَلِ لَا يُحَدُّ لِمَا قُلْنَا، وَقِيلَ يُحَدُّ لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ يَا زَانِي فَقَالَ لَا بَلْ أَنْتَ فَإِنَّهُمَا يُحَدَّانِ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ لَا بَلْ أَنْتَ زَانٍ، إِذْ هِيَ كَلِمَةُ عَطْفٍ يُسْتَدْرَكُ بِهَا الغَلَطُ فَيَصِيرُ الخَبَرُ المَذْكُورُ فِي الأَوَّلِ مَذْكُورًا فِي الثَّانِي.

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ يَا زَانِيَةُ فَقَالَتْ لَا بَلْ أَنْتَ حُدَّتِ المَرْأَةُ وَلَا لِعَانَ) لِأَنَّهُمَا قَاذِفَانِ وَقَذْفُهُ يُوجِبُ اللِّعَانَ وَقَذْفُهَا الحَدَّ، وَفِي البُدَاءَةِ بِالْحَدِّ إِبْطَالُ اللِّعَانِ؛ لِأَنَّ المَحْدُودَ فِي القَذْفِ لَيْسَ بِأَهْلٍ لَهُ وَلَا إِبْطَالَ فِي عَكْسِهِ أَصْلًا فَيُحْتَالُ لِلدَّرْءِ، إِذِ اللِّعَانُ فِي مَعْنَى الحَدِّ.

(وَلَوْ قَالَتْ زَنَيْتُ بِكَ فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ) مَعْنَاهُ قَالَتْ بَعْدَمَا قَالَ لَهَا يَا زَانِيَةُ لِوُقُوعِ الشَّكِّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَتِ الزِّنَا قَبْلَ النِّكَاحِ فَيَجِبُ الحَدُّ دُونَ اللِّعَانِ لِتَصْدِيقِهَا إِيَّاهُ وَانْعِدَامِهِ مِنْهُ، وَيَحْتَمِلُ

أي عليها، قلنا: الحقُّ أنَّها على حقيقتها لتمكن المصلوب في الجذع تمكن الكائن في الظرف فيه، فإن قيل: الكلامُ فيما إذا ادَّعى إرادة الصعود وبالإرادة تتْرك حقيقة الكلام إلىٰ ما يحتمله ولا خفاء في الاحتمال، قلنا: لمَّا ثبت أنَّ ظاهره للفاحشة كان قذفًا حقيقةً ودعوى المجاز غير مسموع عنه، كما لو قال: زنيتُ، وقال: عنيتُ به الزنا فيما دون الفرج، وَلَوْ قَالَ زَنَأْتَ عَلَى الجَبَلِ، قيل لا يجب، لِمَا قُلْنَا، إشارة إلىٰ قوله: إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلِمَةِ عَلَىٰ، وقيل يجب للمعنى الذي ذكرنا، إشارة إلىٰ قوله: وَحَالَةُ

أَنَّهَا أَرَادَتْ زِنَايَ مَا كَانَ مَعَك بَعْدَ النِّكَاحِ لِأَنِّي مَا مَكَّنْتُ أَحَدًا غَيْرَك، وَهُوَ الْمُرَادُ فِي مِثْلِ هٰذِهِ الحَالَةِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الِاعْتِبَارِ يَجِبُ اللِّعَانُ دُونَ الحَدِّ عَلَى المَرْأَةِ لِوُجُودِ القَذْفِ مِنْهُ وَعَدَمِهِ مِنْهَا فَجَاءَ مَا قُلْنَا.

(وَمَنْ أَقَرَّ بِوَلَدٍ ثُمَّ نَفَاهُ فَإِنَّهُ يُلَاعَنُ) لِأَنَّ النَّسَبَ لَزِمَهُ بِإِقْرَارِهِ وَبِالنَّفْيِ بَعْدَهُ صَارَ قَاذِفًا فَيُلَاعَنُ (وَإِنْ نَفَاهُ ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ حُدَّ) لِأَنَّهُ لَمَّا أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَطَلَ اللِّعَانُ لِأَنَّهُ حَدٌّ ضَرُورِيٌّ صُيِّرَ إلَيْهِ ضَرُورَةَ التَّكَاذُبِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدُّ القَذْفِ، فَإِذَا بَطَلَ التَّكَاذُبُ يُصَارُ إلَى الأَصْلِ، وَفِيهِ خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِي اللِّعَانِ (وَالْوَلَدُ وَلَدُهُ) فِي الوَجْهَيْنِ لِإِقْرَارِهِ بِهِ سَابِقًا أَوْ لَاحِقًا، وَاللِّعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطْعِ النَّسَبِ كَمَا يَصِحُّ بِدُونِ الوَلَدِ

الغَضَبِ وَالسِّبَابِ تُعَيِّنُ الفَاحِشَةَ مُرَادًا.

قوله: زِنَايَ مَا كَانَ مَعَك بَعْدَ النِّكَاحِ، أطلق لفظ الزنا على الوطء الحلال علىٰ طريق المشاكلة، كما في قوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤] لا علىٰ تحقيق الزنا، فعلىٰ هذا لا تكون مصدقةً لزوجها فعلىٰ هذا الاعتبار يجب اللِّعان.

قوله: فَجَاءَ مَا قُلْنَا، أي وقوع الشكِّ في الحدِّ واللعان فبطلَا.

قوله: وَاللِّعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطْعِ النَّسَبِ كَمَا يَصِحُّ بِدُونِ الوَلَدِ، جوابٌ لقائل لمَّا وجب اللعان ينبغي أن يقطع النسب أي ليسَ من ضرورة اللِّعان قطع النسب لأنه ينفكُّ عنه وجودًا وعدمًا، ألا ترىٰ أنه إذا تطاولت المدَّة من حين الولادة ثم نفىٰ يلاعنُ بينهما ولا

(وَإِنْ قَالَ لَيْسَ بِابْنِي وَلَا بِابْنِكَ فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ) لِأَنَّهُ أَنْكَرَ الوِلَادَةَ وَبِهِ لَا يَصِيرُ قَاذِفًا (وَمَنْ قَذَفَ امْرَأَةً وَمَعَهَا أَوْلَادٌ لَمْ يُعْرَفْ لَهُمْ أَبٌ أَوْ قَذَفَ المُلَاعَنَةَ بِوَلَدٍ وَالْوَلَدُ حَيٌّ أَوْ قَذَفَهَا بَعْدَ مَوْتِ الوَلَدِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِقِيَامِ أَمَارَةِ الزِّنَا مِنْهَا وَهِيَ وِلَادَةُ وَلَدٍ لَا أَبَ لَهُ فَفَاتَتِ العِفَّةُ نَظَرًا إِلَيْهَا وَهِيَ شَرْطُ الإِحْصَانِ (وَلَوْ قَذَفَ امْرَأَةً لَاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ فَعَلَيْهِ الحَدُّ) لِانْعِدَامِ أَمَارَةِ الزِّنَا.

قَالَ: (وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ) لِفَوَاتِ

ينقطع نسب الولد، ولو نفىٰ نسب ولده من امرأته الأمة ينتفى النسب ولا يجري اللعان.

قوله: فَفَاتَتِ العِفَّةُ نَظَرًا إِلَيْهَا، أي ولادةُ ولدٍ لا أبَ له، ولو قذف امرأةً لاعنت بغير ولد فعليه الحدُّ لانعدام أمارةِ الزنا، فإن قيل: اللِّعان في جانبها قائمٌ مقام حدِّ الزنا فكانت محدودةً في الزنا فوجب أن لا يحدُّ قاذفها، قلنا: اللعان في جانبها قائمٌ مقام الحد بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلىٰ غيره، ألا ترىٰ أنَّ اللعان قائم مقام حدِّ القذف في حقه بالنسبة إليها لا بالنسبة إلىٰ غيرها حتى قلنا بشهادته، أو نقول: اللعان قائمٌ مقامَ حد الزنا في حقِّها فقد وجد أمارة الزنا منها فينبغي أن يسقط الحدُّ عن القاذف نظرًا إلىٰ هذا وقائمٌ مقام حدِّ القذف في جانب الزوج، فبالنظر إلىٰ هذا الوجه تكون المرأة محصنةً فتعارض الوجهان فتساقطا فبقى القذف سالمًا عن المعارض فوجب الحدُّ على القاذف.

قوله: وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا، نحو أن تزوج امرأةً نكاحًا فاسدًا متفقًا علىٰ فساده فوطئها وهو يعلم بذلك أو لا يعلم أو وطئ جاريةً مشتركةً أو وطئ جاريةً ثم استحقَّت منه وهو لا يعلم أنَّها لغير البائع أو وطئ بنكاحٍ ثم علم أنَّ المرأة ممن لا يحلُّ له نكاحها.

قوله: فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، أي من وجهٍ أو من كل وجهٍ، احترز به عمَّا إذا أتىٰ أمةً وهي

العِفَّةِ وَهِيَ شَرْطُ الإِحْصَانِ، وَلِأَنَّ القَاذِفَ صَادِقٌ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا لِعَيْنِهِ لَا يَجِبُ الحَدُّ بِقَذْفِهِ؛ لِأَنَّ الزِّنَا هُوَ الوَطْءُ المُحَرَّمُ لِعَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَ مُحَرَّمًا لِغَيْرِهِ يُحَدُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزِنًا فَالْوَطْءُ فِي غَيْرِ المِلْكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ أَوْ مِنْ وَجْهٍ حَرَامٌ لِعَيْنِهِ وَكَذَا الوَطْءُ فِي المِلْكِ، وَالْحُرْمَةُ مُؤَبَّدَةٌ، فَإِنْ كَانَتِ الحُرْمَةُ مُؤَقَّتَةً فَالْحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَشْتَرِطُ أَنْ تَكُونَ الحُرْمَةُ المُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةً بِالْإِجْمَاعِ، أَوْ بِالْحَدِيثِ المَشْهُورِ لِتَكُونَ ثَابِتَةً مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ.

مجوسية، أو امرأته وهي حائضٌ، أو مكاتبة له فلا يسقط إحصانه لأنَّ الوطء وإن كان حرامًا إلَّا أنه في ملكه.

قوله: فَالْوَطْءُ فِي غَيْرِ المِلْكِ، مِنْ وَجْهٍ، كوطء الجارية المشتَركة، أو مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، كوطئ الأجنبية، وإنما تساويا في حقِّ سقوط الإحصان لأنَّ حدَّ القذف عقوبة يسقط بالشبهة فيصير الزنا من وجهٍ شبهةً مانعةً وجوبه، كما يصير عدم الزنا من وجهٍ شبهةً مانعةً وجوب حد الزنا.

قوله: وَالْحُرْمَةُ مُؤَبَّدَةٌ، كأمته التي هي أخته رضاعـًا.

قوله: وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَشْتَرِطُ أَنْ تَكُونَ الحُرْمَةُ المُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةً بِالْإِجْمَاعِ، كموطوءة الأب بملك النكاح أو بملك اليمين ثم اشتَراها ابنه فوطئها لا يحدُّ قاذفه، أَوْ بِالْحَدِيثِ المَشْهُورِ، كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فإنَّ حرمتها ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلَّا بشهودٍ» وهذا الحديث مشهور ذكره في الفوائد الظهيرية لأنَّ التحريم المؤبَّد ينافي ملك المتعة وإن لم يناف ملك الرقبة فيصير الوطء واقعـًا في غير الملك من وجهٍ فيصير زنا من وجهٍ.

(وَبَيَانُهُ أَنَّ مَنْ قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِانْعِدَامِ المِلْكِ مِنْ وَجْهٍ (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ امْرَأَةً زَنَتْ فِي نَصْرَانِيَّتِهَا) لِتَحَقُّقِ الزِّنَا مِنْهَا شَرْعًا لِانْعِدَامِ المِلْكِ وَلِهَذَا وَجَبَ عَلَيْهَا الحَدُّ (وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا أَتَى أَمَتَهُ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَوِ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ أَوْ مُكَاتَبَةً لَهُ فَعَلَيْهِ الحَدُّ) لِأَنَّ الحُرْمَةَ مَعَ قِيَامِ المِلْكِ وَهِيَ مُؤَقَّتَةٌ فَكَانَتِ الحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ زِنًا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ وَطْءَ المُكَاتَبَةِ يُسْقِطُ الإِحْصَانَ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّ المِلْكَ زَائِلٌ فِي حَقِّ الوَطْءِ وَلِهَذَا يَلْزَمُهُ العُقْرُ بِالْوَطْءِ، وَنَحْنُ نَقُولُ مِلْكُ الذَّاتِ بَاقٍ وَالْحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ إِذْ هِيَ مُؤَقَّتَةٌ (وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ أَمَتَهُ وَهِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرَّضَاعَةِ لَا يُحَدُّ) لِأَنَّ الحُرْمَةَ مُؤَبَّدَةٌ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ (وَلَوْ قَذَفَ مُكَاتَبًا مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً لَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ فِي الحُرِّيَّةِ لِمَكَانِ اخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ.

قوله: وَالْحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ، وهو قيام حقِّها في اليد.

قوله: إِذْ هِيَ مُؤَقَّتَةٌ، أي منقضية بفسخ الكتابة أو بالعجز.

قوله: وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ أَمَتَهُ وَهِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرَّضَاعَةِ لَا يُحَدُّ، لِأَنَّ الحُرْمَةَ مُؤَبَّدَةٌ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وذكر الكرخي رحمه الله تعالى: أنه لا يسقط به الإحصان لأنَّ الفعل حرم مع قيام الملك المبيح فصار كالأمة المزوجة، والصحيح هو الأول لثبوت التضاد بين الحلِّ والحرمة، فمن ضرورة ثبوت الحرمة مؤبدًا انتفاء الحل، والسبب لا يوجب الحكم إلا في محل قابل له، فإذا لم يقبل المحل الحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا.

(وَلَوْ قَذَفَ مَجُوسِيًّا تَزَوَّجَ بِأُمِّهِ ثُمَّ أَسْلَمَ يُحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا حَدَّ عَلَيْهِ) وَهٰذَا بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّ تَزَوُّجَ المَجُوسِيِّ بِالْمَحَارِمِ لَهُ حُكْمُ الصِّحَّةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَقَذَفَ مُسْلِمًا حُدَّ) لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبْدِ وَقَدِ التَزَمَ إِيفَاءَ حُقُوقِ العِبَادِ، وَلِأَنَّهُ طَمِعَ فِي أَنْ لَا يُؤْذِيَ فَيَكُونَ مُلْتَزِمًا أَنْ لَا يُؤْذِيَ وَمُوجِبُ أَذَاهُ الحَدُّ.

(وَإِذَا حُدَّ المُسْلِمُ فِي قَذْفٍ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ تَابَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقْبَلُ إِذَا تَابَ وَهِيَ تُعْرَفُ فِي الشَّهَادَاتِ (وَإِذَا حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذْفٍ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُ عَلَىٰ أَهْلِ الذِّمَّةِ) لِأَنَّ لَهُ الشَّهَادَةَ عَلَىٰ جِنْسِهِ فَتُرَدُّ تَتِمَّةً لِحَدِّهِ (فَإِنْ أَسْلَمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ وَعَلَى المُسْلِمِينَ) لِأَنَّ هٰذِهِ شَهَادَةٌ اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الإِسْلَامِ فَلَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الرَّدِّ، بِخِلَافِ العَبْدِ إِذَا حُدَّ حَدَّ القَذْفِ ثُمَّ أُعْتِقَ حَيْثُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لَهُ أَصْلًا فِي حَالِ الرِّقِّ فَكَانَ رَدُّ شَهَادَتِهِ بَعْدَ العِتْقِ مِنْ تَمَامِ حَدِّهِ.

(وَإِنْ ضُرِبَ سَوْطًا فِي قَذْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ ضُرِبَ مَا بَقِيَ جَازَتْ

قوله: وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ، أي في باب نكاح أهل الشرك من كتاب النكاح.

قوله: وَإِنْ ضُرِبَ سَوْطًا إلخ، أجمع العلماء على القبول إذا حدَّ حد القذف قبل الإسلام، وأجمعوا على عدم القبول إذا حد بعد الإسلام، أمَّا إذا أقيم بعض الحدِّ قبل الإسلام وبعضه بعده فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ينظر إلى حال إكمال الحد إن

شَهَادَتُهُ) لِأَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ مُتَمِّمٌ لِلْحَدِّ فَيَكُونُ صِفَةً لَهُ وَالْمُقَامُ بَعْدَ الإِسْلَامِ بَعْضُ الحَدِّ فَلَا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ صِفَةً لَهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ إِذِ الأَقَلُّ تَابِعٌ لِلْأَكْثَرِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

قَالَ: (وَمَنْ قَذَفَ أَوْ زَنَىٰ أَوْ شَرِبَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحُدَّ فَهُوَ لِذٰلِكَ كُلِّهِ) أَمَّا الآخَرَانِ فَلِأَنَّ المَقْصِدَ مِنْ إِقَامَةِ الحَدِّ حَقًّا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ الِانْزِجَارُ، وَاحْتِمَالُ حُصُولِهِ بِالْأَوَّلِ قَائِمٌ فَتَتَمَكَّنُ شُبْهَةُ فَوَاتِ المَقْصُودِ فِي الثَّانِي، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَىٰ وَقَذَفَ وَسَرَقَ وَشَرِبَ، لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ غَيْرُ المَقْصُودِ مِنَ الآخَرِ فَلَا يَتَدَاخَلُ، وَأَمَّا القَذْفُ

ضُرب في كفره تسعة وسبعين سوطًا وبعد الإسلام واحدًا لا تقبل شهادته لأنَّ رد الشهادة من تمام الحد فينظر إلىٰ حال إتمامه لأنه عند ذلك يصير حدًّا، ثم رجع وقال: إن أقيم أكثره بعد الإسلام لا تقبل إذ الأقلُّ تبع الأكثر فصار كأنَّ الكل وجد بعد الإسلام فلا تقبل، وهكذا رُوِيَ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ثمَّ رجع إلىٰ ما ذكر في الكتاب، لأنَّ ما كان له من الشهادة لم يبطل بضرب البعض لأنَّ الرد تتمة الحد فلا بُدَّ من وجوده ليكون الردُّ تتمة له، وما حدث له من الشهادة بالإسلام لم يرد أيضًا لهذا المعنى فلهذا تقبل شهادته على أهل الإسلام وأهل الذمة.

قوله: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، لأنَّ بعض الحد لا يكون حدًّا، ولهذا لو ضرب تسعة وسبعين سوطًا لا ترد شهادته، ولو كان الأكثر قائمًا مقام الكل لرُدَّت شهادته.

قوله: لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ غَيْرُ المَقْصُودِ مِنَ الآخَرِ، فحدُّ الزنا لصيانة الأنساب، وحدُّ السرقة لصيانة الأموال، وحدُّ الشرب لصيانة العقول، وحدُّ القذف لصيانة

فَالْمُغَلَّبُ فِيهِ عِنْدَنَا حَقُّ اللهِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِمَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إنِ اخْتَلَفَ المَقْذُوفُ أَوِ المَقْذُوفُ بِهِ وَهُوَ الزِّنَا لَا يَتَدَاخَلُ، لِأَنَّ

الأعراض، فلا يتداخل.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: إنِ اخْتَلَفَ المَقْذُوفُ - بأن قذف غير الأول - أَوِ المَقْذُوفُ بِهِ، بأن قذف الأول بزنا آخر لا يتداخل، وذكر في المبسوط: لو قذف جماعة في كلمةٍ واحدةٍ بأن قال: يا أيُّها الزناة، أو كلمات متفرقة بأن قال: يا زيد أنت زانٍ، ويا عمرو أنت زانٍ، لا يُقام عليه إلَّا حدٌّ واحدٌ عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى إن قذفهم بكلامٍ واحدٍ فكذلك الجواب، وإن قذفهم بكلماتٍ متفرِّقةٍ يحدُّ لكل واحد منهم، وهذا يخالف ما ذكر في المنظومة والشرح، لأنَّ المغلب فيه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب، وعندنا المغلب فيه حقُّ الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحدود، وكذلك إن حضر بعضها للخصومة ولم يحضر البعض فأقيم الحدُّ بخصومة من حضر فعلىٰ مذهبه إذا حضر الغائب وخاصم يقام الحد عليه لأجله أيضًا، وعندنا لا يُقام إذا علم أنَّ قذفه بالزنا قبل إقامة الحد لأنَّ حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم، وما هو المقصود قد حصل وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف، وذكر في الفوائد الظهيرية: وقد حُكِي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ابن أبي ليلىٰ كان قاضيًا بالكوفة، سمع رجلاً عند باب مسجده يقول لرجل آخر: يا ابن الزانيين، فقال: خذوه، فأخذوه وأدخلوه في المسجد فضربه حدَّين ثمانين ثمانين، فأُخْبِر أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ بذلك فقال: يا للعجب من قاضي بلدنا فقد أخطأ في خمسة مواضع في مسئلةٍ واحدةٍ: أمَّا الأول: فليسَ له أن يأخذه بالحدِّ ما لم يخاصم المقذوف، والثاني: أنه لو خاصم يجب حدٌّ واحدٌ، وإن قذف ألف رجل يكتفى بحدٍّ واحدٍ، والثالث: أنه إن

المُغَلَّبَ فِيهِ حَقُّ العَبْدِ عِنْدَهُ.

كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يَتَربَّصَ بين الحدين يومًا أو أكثر حتَّىٰ يخفَّف أثر الضرب الأول وهو قد والىٰ بين الحدَّين، والرابع: أنه حدَّ في المسجد وقال عليه الصلاة والسلام: «جنِّبوا مساجدَكم صبيانَكم ومجانينَكم وسلَّ سيوفكم وإقامةَ حدودِكم وإنشادَ ضالتِكم»، والخامس: أنه قذف الوالدين حيث قال: يا ابن الزانيين، وحينئذٍ يجب أن يتعرف أنَّهما في الأحياء أو في الأموات، فإن كانا في الأحياء فالخصومة إليهما، وإن كانا في الأموات فالخصومة إلى الابن، والله أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ فِي التَّعْزِيرِ

(وَمَنْ قَذَفَ عَبْدًا أَوْ أَمَةً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ كَافِرًا بِالزِّنَا عُزِّرَ) لِأَنَّهُ جِنَايَةُ قَذْفٍ، وَقَدِ امْتَنَعَ وُجُوبُ الحَدِّ لِفَقْدِ الإِحْصَانِ فَوَجَبَ التَّعْزِيرُ.

(وَكَذَا إِذَا قَذَفَ مُسْلِمًا بِغَيْرِ الزِّنَا فَقَالَ يَا فَاسِقُ أَوْ يَا كَافِرُ أَوْ يَا خَبِيثُ أَوْ يَا سَارِقُ) لِأَنَّهُ آذَاهُ وَأَلْحَقَ الشَّيْنَ بِهِ، وَلَا مَدْخَلَ لِلْقِيَاسِ فِي الحُدُودِ فَوَجَبَ التَّعْزِيرُ، ....

فصل في التعزير

هو تأديبٌ دون الحدِّ، وأصله من العزر بمعنى الردِّ والردع، وهو مشروعٌ بالكتاب، قال الله تعالى: ﴿وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤] أمر بضرب الزوجات تَهذيبًا وتأديبًا لهنَّ، والسنة قال عليه الصلاة والسلام: «لا ترفع عصاك عن أهلك» ورُوي أنه عليه الصلاة والسلام عزَّر رجلاً قال لغيره: يا مخنث، ولأنَّ زجر الدعار عن الجنايات ومساوي الأخلاق واجبٌ تقليلاً لها والتعزير صالحٌ للزجر فيكون مشروعًا، ثم قد يكون بالحبس، وقد يكون بالصفع وتعريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضرب، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنَّ التعزير بأخذ المال يجوز للسلطان، ثم تعزير الأشراف كالدهاقنة والقواد وغيرهم الإعلام والجرُّ إلى باب القاضي، وتعزير أشرف الأشراف كالفقهاء والعلوية الإعلام فقط بأن يقول: بلغني أنَّكَ فعلتَ كذا فلا تفعل، وتعزير أوساط الناس كالسوقية بالإعلام والجرِّ والحبس، وتعزير الأخِسَّاء الإعلام والجرُّ والضرب والحبس.

إِلَّا أَنَّهُ يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ غَايَتَهُ فِي الجِنَايَةِ الأُولَىٰ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ مَا يَجِبُ بِهِ الحَدُّ، وَفِي الثَّانِيَةِ: الرَّأْيُ إِلَى الإِمَامِ (وَلَوْ قَالَ يَا حِمَارُ أَوْ يَا خِنْزِيرُ لَمْ يُعَزَّرْ) لِأَنَّهُ مَا أُلْحِقَ الشَّيْنُ بِهِ لِلتَّيَقُّنِ بِنَفْيِهِ، وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يُعَزَّرُ لِأَنَّهُ يُعَدُّ شَيْنًا، وَقِيلَ إِنْ كَانَ المَسْبُوبُ مِنَ الأَشْرَافِ كَالْفُقَهَاءِ وَالْعَلَوِيَّةِ يُعَزَّرُ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمُ الوَحْشَةُ بِذٰلِكَ، وَإِنْ كَانَ مِنَ العَامَّةِ لَا يُعَزَّرُ، وَهٰذَا أَحْسَنُ.

وَالتَّعْزِيرُ أَكْثَرُهُ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوْطًا وَأَقَلُّهُ ثَلَاثُ جَلَدَاتٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوْطًا، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ المُعْتَدِينَ»

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ غَايَتَهُ فِي الجِنَايَةِ الأُولَىٰ، وهيَ ما إذا قذف غير المحصن بالزنا ولم يثبت، وفي الثانية وهي ما إذا قذف مسلمًا بغير الزنا.

قوله: وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ»، في المغرب: بلغ بالتخفيف هو السماع، وأمَّا ما يجري على ألسنة الفقهاء من التثقيل إن صحَّ فعلىٰ حذف المفعول الأول، كما في قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا فليبلِّغ الشاهدُ الغائبَ» وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغْ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ﴾ [المائدة: ٦٧] علىٰ حذف المفعول الثانِي، والتقدير من بلغ التعزير حدًّا، وإنما حسن الحذف لدلالةٍ في غير حد، والذي يدلُّ على هذا التقدير قولهم: لا يجوز تبليغ غير الحدِّ الحدَّ، وذكر هذا الحديث في الفوائد الظهيرية ثم قال: وبلغ بالتخفيف لا بالتشديد من البلوغ لا من التبليغ لأنَّ المبلغ إليه غير مذكور، والمراد تبليغ غير الحدِّ الحدَّ لا تبليغ الحدِّ غير الحدِّ، ومعنى بلغ

وَإِذَا تَعَذَّرَ تَبْلِيغُهُ حَدًّا فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَا إِلَىٰ أَدْنَى الحَدِّ وَهُوَ حَدُّ العَبْدِ فِي القَذْفِ فَصَرَفَاهُ إِلَيْهِ وَذٰلِكَ أَرْبَعُونَ سَوْطًا فَنَقَصَا مِنْهُ سَوْطًا، وَأَبُو يُوسُفَ اعْتَبَرَ أَقَلَّ الحَدِّ فِي الأَحْرَارِ إِذِ الأَصْلُ هُوَ الحُرِّيَّةُ ثُمَّ نَقَصَ سَوْطًا فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَهُوَ القِيَاسُ، وَفِي هٰذِهِ الرِّوَايَةِ نَقَصَ خَمْسَةً وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ فَقَلَّدَهُ ثُمَّ قَدَّرَ الأَدْنَىٰ فِي الكِتَابِ بِثَلَاثِ جَلَدَاتٍ لِأَنَّ مَا دُونَهَا لَا يَقَعُ بِهِ الزَّجْرُ، وَذَكَرَ مَشَايِخُنَا أَنَّ أَدْنَاهُ عَلَىٰ مَا يَرَاهُ الإِمَامُ فَيُقَدِّرُ بِقَدْرِ مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ يَنْزَجِرُ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ النَّاسِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ عَلَىٰ قَدْرِ عِظَمِ الجُرْمِ وَصِغَرِهِ، وَعَنْهُ أَنْ يُقَرَّبَ كُلُّ نَوْعٍ مِنْ بَابِهِ؛ فَيُقَرَّبُ المَسُّ وَالْقُبْلَةُ مِنْ حَدِّ الزِّنَا، وَالْقَذْفُ بِغَيْرِ الزِّنَا مِنْ حَدِّ القَذْفِ.

قَالَ: (وَإِنْ رَأَى الإِمَامُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الحَبْسَ فَعَلَ) لِأَنَّهُ صَلُحَ تَعْزِيرًا وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي الجُمْلَةِ حَتَّىٰ جَازَ أَنْ

بالتخفيف أتىٰ، كقولهم: بلغ المكانَ، أي أتاه فيصير تقدير الحديث كأنه قال: من أتىٰ حدًّا في موضعٍ لا يجب الحدُّ فهو من المعتدين.

قوله: وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وتأويلُ ما رُوِيَ عنه أن عليًّا رضي الله عنه كان يعقد لكل خمسٍ، فلما بلغ خمسًا وسبعين لم يعقد لأنه بقى أربع ضربات فلم يبلغ خمسًا فلذلك لم يعقد فظنَّ الراوي أنه جلده خمسة وسبعين.

قوله: وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ، أي بالحبس، وهو ما رُوِيَ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام

يَكْتَفِيَ بِهِ فَجَازَ أَنْ يُضَمَّ إِلَيْهِ، وَلِهٰذَا لَمْ يُشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالتُّهْمَةِ قَبْلَ ثُبُوتِهِ كَمَا شُرِعَ فِي الحَدِّ لِأَنَّهُ مِنَ التَّعْزِيرِ.

قَالَ: (وَأَشَدُّ الضَّرْبِ التَّعْزِيرُ) لِأَنَّهُ جَرَى التَّخْفِيفُ فِيهِ مِنْ حَيْثُ العَدَدِ فَلَا يُخَفَّفُ مِنْ حَيْثُ الوَصْفِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ فَوَاتِ المَقْصُودِ، وَلِهٰذَا لَمْ يُخَفَّفْ مِنْ حَيْثُ التَّفْرِيقِ عَلَى الأَعْضَاءِ.

قَالَ: (ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا) لِأَنَّهُ ثَابِتٌ بِالْكِتَابِ، وَحَدُّ الشُّرْبِ ثَبَتَ بِقَوْلِ

حَبَس رجلاً للتعزير.

قوله: وَلِهٰذَا لَمْ يُشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالتُّهْمَةِ قَبْلَ ثُبُوتِهِ، هذا لإيضاح أنَّ الحبس يصلح للتعزير، أي ولهذا لا يحبس في تُهمة وجوب التعزير قبل ثبوته، بأن شهد شاهدان مستوران علىٰ أنه قذف محصنًا فقال: يا فاسق، فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود، كما شرع في الحد لأنَّ الحبس تعزيرٌ فلا يحبس قبل ثبوته، بخلاف ما إذا اتُّهم بما يوجب الحدَّ لأنَّ التعزير أدنىٰ من الحدِّ فناسبَ أن يعاقب به عند التهمة بما يوجب الحدَّ لأنه أدنىٰ منه.

قوله: كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ فَوَاتِ المَقْصُودِ، وهو الزجر ولهذا لم يخفف من حيث التفريق، ذكر في المحيط أنَّ محمَّدًا رحمه الله تعالىٰ ذكر في حدود الأصل أنَّ التعزير يفرق على الأعضاء ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حدِّ الزنا، وفي كتاب الأشربة يضرب التعزير في موضع واحد، وليس في المسئلة روايتان لكن موضوع ما ذكر في كتاب الحدود أنه وجب تبليغ التعزير إلىٰ أقصىٰ غاياته، ومتىٰ كانت الحالة هذه يجب التفريق على الأعضاء كي لا تكون الإقامة في موضعٍ واحدٍ سببًا لفساد ذلك الموضع، وموضوع ما ذكر في الأشربة أنه يعزِّر أدنىٰ تعزير كسوطٍ أو سوطين أو ثلاثة، ومتى كانت الحالة هذه فالإقامة

الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وَلِأَنَّهُ أَعْظَمُ جِنَايَةً حَتَّىٰ شُرِعَ فِيهِ الرَّجْمُ (ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ (ثُمَّ حَدُّ الْقَذْفِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ مُحْتَمِلٌ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ صَادِقًا وَلِأَنَّهُ جَرَىٰ فِيهِ التَّغْلِيظُ مِنْ حَيْثُ رَدِّ الشَّهَادَةِ فَلَا يُغَلَّظُ مِنْ حَيْثُ الْوَصْفِ.

(وَمَنْ حَدَّهُ الإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ) لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ، وَفِعْلُ الْمَأْمُورِ لَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالْفِصَادِ وَالْبِزَاغِ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ إِذَا عَزَّرَ زَوْجَتَهُ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ فِيهِ، وَالْإِطْلَاقَاتُ تَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي

في موضعٍ واحدٍ لا يؤدي إلىٰ فساد ذلك الموضع.

قوله: وَفِعْلُ المَأْمُورِ لَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، لأنَّ الأمر طلب فعل المأمور به من المأمور وهو إثبات، والإثباتات ليست بقابلة للتعليق بالشرط لأنه حينئذٍ يشبه القمار، فلذلك لا يتقيَّد بشرط السلامة، بخلاف الإطلاقات فإنه رفع القيد فكان من جنس الإسقاطات وهي قابلة للتعليق، فإن قيل: يشكل علىٰ هذا ما إذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ والرواية في المحيط مع أنَّ الزوج بالجماع استوفى حق نفسه والاحترِاز عن التلف ممكن وأطْلَق له في ذلك الفعل فكان ينبغي أن يتقيَّد بشرط السلامة، كما إذا ضرب امرأته لتعود إلى مضجعها، قلنا: إنَّما لم يجب الضمان هناك لأنَّ ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل، ثمَّ لو وجبت الدية بموتِها كان فيه إيجاب الضمانين بمقابلة مضمون واحدٍ وهو منافع البضع، وذلك لا

بَيْتِ المَالِ لِأَنَّ الإِتْلَافَ خَطأٌ فِيهِ، إِذِ التَّعْزِيرُ لِلتَّأْدِيبِ غَيْرَ أَنَّهُ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ لِأَنَّ نَفْعَ عَمَلِهِ يَرْجِعُ عَلَىٰ عَامَّةِ المُسْلِمِينَ فَيَكُونُ الغُرْمُ فِي مَالِهِمْ، قُلْنَا لَمَّا اسْتَوْفَىٰ حَقَّ اللهِ تَعَالَىٰ بِأَمْرِهِ صَارَ كَأَنَّ اللهَ أَمَاتَهُ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

* * *

يجوز، كذا في المحيط، وتصحُّ في التعزير الشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال، والعفو والتكفيل، لأنه من حقوق العباد شرع للإصلاح والتهذيب، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

كِتَابُ السَّرِقَةِ

السَّرِقَةُ فِي اللُّغَةِ أَخْذُ الشَّيْءِ مِنَ الغَيْرِ عَلَىٰ سَبِيلِ الخُفْيَةِ وَالِاسْتِسْرَارِ، وَمِنْهُ اسْتِرَاقُ السَّمْعِ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿إِلَّا مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨] وَقَدْ زِيدَتْ عَلَيْهِ أَوْصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ عَلَىٰ مَا يَأْتِيكَ بَيَانُهُ إِنْ شَاءَ

كتاب السرقة

هي أخذ مكلف خفية، قدر عشرة دراهم، مضروبة جيِّدة، محرزة بلا شبهةٍ.

قوله: وَمِنْهُ اسْتِرَاقُ السَّمْعِ، لأنه يسمع كلام المتكلم في حال غفلته قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسۡتَرَقَ ٱلسَّمۡعَ﴾ [الحجر: ١٨] أي رام اختلاسه سرًّا، ومسروق الشياطين من الملائكة كلام.

قوله: وَقَدْ زِيدَتْ عَلَيْهِ أَوْصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ، منها في السارق، وهو أن يكون مكلفًا أي عاقلاً بالغـًا، ومنها في المسروق، وهو أن يكون مالاً متقوِّمـًا لا يتسارع إليه الفساد، مقدرًا بعشرة دراهم أو بما يبلغ قيمته عشرة دراهم، مضروبةً جيدةً محرزةً بلا شبهةٍ لأنَّ السرقة لا تتحق إلا بصفة المالية والمملوكية والحرز، فإنَّ أخذ المباح يسمَّى اصطيادًا واحتطابًا لا سرقةً، وما لا يكون محرزًا لا يكون أخذه سرقةً لعدم مسارقة عين الحافظ، ولمَّا صار كون المال محرزًا شرطـًا بالنصِّ وشرائط العقوبات يراعى وجودها بصفة الكمال لِمَا في النقصان من شبهة العدم وإنَّما يتمُّ الإحراز في المال الخطير فالحقير تافه لا يقصد العاقل إحرازه عادةً فصار ما يتمُّ به الإحراز وهو كون المال خطيرًا ثابتًا بالنصِّ.

اللهُ تَعَالَىٰ، وَالْمَعْنَى اللُّغَوِيُّ مُرَاعًى فِيهَا ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوِ ابْتِدَاءً لَا غَيْرَ، كَمَا إِذَا نَقَبَ الجِدَارَ عَلَى الِاسْتِسْرَارِ وَأَخَذَ المَالَ مِنَ المَالِكِ مُكَابَرَةً عَلَى الجِهَارِ، وَفِي الكُبْرَىٰ: أَعْنِي قَطْعَ الطَّرِيقِ مُسَارَقَةُ عَيْنِ الإِمَامِ لِأَنَّهُ هُوَ المُتَصَدِّي لِحِفْظِ الطَّرِيقِ بِأَعْوَانِهِ، وَفِي الصُّغْرَىٰ: مُسَارَقَةُ عَيْنِ المَالِكِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا سَرَقَ العَاقِلُ البَالِغُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ

قوله: وَالْمَعْنَى اللُّغَوِيُّ، أي الأخذ على سبيل الخفية، مُرَاعًى فِيهَا ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، يعني إذا كانت السرقة نَهارًا، أَوِ ابْتِدَاءً لَا غَيْرَ، يعني إذا كانت السرقة ليلًا لأنَّ أكثر السرقات يصير مغالبة في الانتهاء إذا كانت ليلاً لأنه وقت لا يلحقه الغوث، فلو لم يكتف بالخفية وقت الدخول في الحرز لامتنع القطع في الأكثر، بخلاف ما إذا كان بالنهار لأنه وقت يلحقه الغوث فلا يصير مغالبةً وقت الأخذ، كذا في الذخيرة، وفي الحاوي: أنه إذا كان باب الدار مردودًا غير مغلق فدخلها السارق خفيةً قطع، ولو كان باب الدار مفتوحًا فدخل نَهارًا وسرق لا يقطع، ولو دخل ليلاً من باب الدار وكان الباب مفتوحًا مردودًا بعد ما صلّى الناس العتمة وسرق خفيًّا أو مكابرةً ومعه سلاح أو لا وصاحب الدار يعلم به أو لا قطع، ولو دخل اللصُّ دار إنسان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويجيئون فهو بمنزلة النهار.

قوله: وَفِي الكُبْرَىٰ: أَعْنِي قَطْعَ الطَّرِيقِ، إنما سميت كبرىٰ لأنَّ ضررها يعمُّ المالك والمسلمين، أو لأنَّها مسارقة عين الإمام ومحاربة الله ورسوله، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣].

قوله: أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، كالمودع والمستعير والمرتَهن والمضارب والغاصب.

دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ وَجَبَ القَطْعُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الآيَةَ وَلَا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ العَقْلِ وَالْبُلُوغِ لِأَنَّ الجِنَايَةَ لَا تَتَحَقَّقُ دُونَهُمَا وَالْقَطْعُ جَزَاءُ الجِنَايَةِ، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّقْدِيرِ بِالْمَالِ الخَطِيرِ لِأَنَّ الرَّغَبَاتِ تَفْتُرُ فِي الحَقِيرِ، وَكَذَا أَخْذُهُ لَا يَخْفَىٰ فَلَا يَتَحَقَّقُ رُكْنُهُ وَلَا حِكْمَةُ الزَّجْرِ لِأَنَّهَا فِيمَا يَغْلِبُ، وَالتَّقْدِيرُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ مَذْهَبُنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ التَّقْدِيرُ بِرُبْعِ دِينَارٍ، وَعِنْدَ مَالِكٍ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ، لَهُمَا أَنَّ القَطْعَ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَا كَانَ إِلَّا فِي ثَمَنِ المِجَنِّ، وَأَقَلُّ مَا نُقِلَ فِي تَقْدِيرِهِ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ، وَالْأَخْذُ بِالْأَقَلِّ المُتَيَقَّنِ بِهِ أَوْلَىٰ، غَيْرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ: «كَانَتْ قِيمَةُ الدِّينَارِ

قوله: لِأَنَّ الجِنَايَةَ لَا تَتَحَقَّقُ دُونَهُمَا، أي الجناية لا تتحقق عند عدم العقل والبلوغ لأنه لا جنايةَ بلا تكليفٍ ولا تكليفَ بلا عقلٍ وبلوغٍ.

قوله: وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ التَّقْدِيرُ بِرُبْعِ دِينَارٍ، وَعِنْدَ مَالِكٍ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ، لا خلافَ بينهما من حيث المعنىٰ لأنَّ قيمة الدينار كانت إثنى عشر درهمًا وثلاثة دراهم كانت ربع الدينار، وقال ابن أبي ليلىٰ رحمه الله تعالى: نصاب السرقة مقدر بخمسة دراهم، وقال عكرمة رحمه الله تعالى: بأربعة دراهم، وعن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما بأربعين درهمًا، وعند أصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب فيه، وقد نقل ذلك عن الحسن البصري رحمه الله تعالىٰ.

قوله: بِالْأَقَلِّ المُتَيَقَّنِ بِهِ أَوْلَىٰ، روي في ثمن المجن ثلاثة دراهم، روي أنه خمسة

عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا» وَالثَّلَاثَةُ رُبْعُهَا، وَلَنَا أَنَّ الأَخْذَ بِالْأَكْثَرِ فِي هٰذَا البَابِ أَوْلَىٰ احْتِيَالًا لِدَرْءِ الحَدِّ، وَهٰذَا لِأَنَّ فِي الأَقَلِّ شُبْهَةَ عَدَمِ الجِنَايَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْحَدِّ، وَقَدْ تَأَيَّدَ ذٰلِكَ بِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي دِينَارٍ، أَوْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ» وَاسْمُ الدَّرَاهِمِ يَنْطَلِقُ عَلَى المَضْرُوبَةِ عُرْفًا فَهٰذَا يُبَيِّنُ لَكَ اشْتِرَاطَ المَضْرُوبِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الأَصَحُّ رِعَايَةً لِكَمَالِ الجِنَايَةِ، حَتَّىٰ لَوْ سَرَقَ عَشَرَةً تِبْرًا قِيمَتُهَا أَنْقَصُ

دراهم، وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالأقلِّ كما إذا اختلف المقوِّمون في القيمة يؤخذ بالأقلِّ، قلنا: روى أيمن ابن أمِّ أيمن وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنَّ المجن الذي قطعت اليد به علىٰ عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام كان يساوي عشرة، والرجوع إلىٰ قولهم أوْلىٰ لكونهم من جملة الغزاة وكانوا أعْرف بقيمة المجن من غيرهم، وليس هذا من جملة ما قال أن الأخذ بالأقل أوْلىٰ لأن في قيمة المسروق إنما يؤخذ بالأقلِّ لدرء الحدِّ وذلك يوجب أن يؤخذ بالأكثر ههنا لأنَّ معنى الدرء فيه، وقد رُوِيَ أنَّ عمر رضي الله عنه أتى بسارق سرق ثوبًا فأمر بقطع يده فقال عثمان رضي الله عنه أن سرقته لا تساوي عشرة فأمر بتقويمه فقوِّم بثمانية دراهم فدرء الحد عنه، فدلَّ أنه كان ظاهرًا معروفًا فيما بينهم أنَّ النصاب يقدَّر بعشرة دراهم.

قوله: كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ، أي القدوري وهو قوله: أو ما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة.

قوله: وَهُوَ الأَصَحُّ، احتِراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليهما ما يدلُّ علىٰ أنَّ المضروبة وغير المضروبة في ذلك سواءٌ.

مِنْ عَشَرَةٍ مَضْرُوبَةٍ لَا يَجِبُ القَطْعُ، وَالْمُعْتَبَرُ وَزْنُ سَبْعَةِ مَثَاقِيلَ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَعَارَفُ فِي عَامَّةِ البِلَادِ، وَقَوْلُهُ أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّ غَيْرَ الدَّرَاهِمِ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ بِهَا وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا، وَلَا بُدَّ مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ دَارِئَةٌ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قوله: وَالْمُعْتَبَرُ وَزْنُ سَبْعَةٍ، أي المعتبَر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل لأنه المتعارف في وزن الدراهم في عامة البلاد.

قوله: إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّ غَيْرَ الدَّرَاهِمِ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ بِهَا وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا، لا يقال: أنَّ الذهب منصوصٌ عليه بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع إلَّا في دينار أو عشرة دراهم»، لأنا نقول: نعم قد ورد في بعض الأخبار ذكر الدينار ولكنه لم يبلغ في الشهرة مبلغ الدراهم، وذكر شيخ الإسلام رحمة الله تعالى عليه أنَّ بذكر العشرة تبيَّن أنَّ المراد بالدينار المتقوم بقيمة الشرع عشرة لا بقيمة الوقت لأنَّ باعتبار الوقت قد يبلغ الدينار ثلاثين أو أربعين فيصير في التقدير كأنه قال: لا تقطع اليد إلَّا في ثلاثين أو أربعين أو عشرة، وبيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعُلِم أنَّ المراد بالدينار الدينار المتقوم بالعشرة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يقطع إلَّا بالإقرار مرَّتين وهو أيضًا قول ابن أبي ليلىٰ، وكذلك الخلاف في الإقرار بشرب الخمر، وذكر بِشْرٌ رجوع أبي يوسف إلىٰ قولهما.

قال القاضي الإمام الزرنجري رحمه الله تعالى[1] في تعليل هذه المسئلة على قولهما أنَّ الإقرار في المرَّة الأولىٰ إن كان يوجب القطع صحَّ الكلام وتمَّ المرام، وإن لم يوجب

---

(١) هو الإمام، العلامة، مفتي بخارىٰ، شمس الأئمة، أبو الفضل بكر بن محمد بن علي بن الفضل الأنصاري، الخزرجي، البخاري، الزرنجري، وزرنجر: من قرى بخارىٰ، كان يضرب به المثل في حفظ المذهب، وكان الإمام على الإطلاق، والموفود إليه من الآفاق، مولده: سنة ٤٢٧ هـ ومات سنة ٥١٢ هـ، انظر: سير أعلام النبلاء (١٩/ ٤١٥-٤١٧) والجواهر المضية (١/ ٤٦٥).

قَالَ: (وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ فِي القَطْعِ سَوَاءٌ) لِأَنَّ النَّصَّ لَمْ يُفَصِّلْ، وَلِأَنَّ التَّنْصِيفَ مُتَعَذِّرٌ فَيَتَكَامَلُ صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ.

(وَيَجِبُ القَطْعُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُقْطَعُ إِلَّا بِالْإِقْرَارِ مَرَّتَيْنِ) وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُمَا فِي مَجْلِسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لِأَنَّهُ إِحْدَى الحُجَّتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ بِالْأُخْرَىٰ وَهِيَ البَيِّنَةُ كَذٰلِكَ اعْتَبَرْنَا فِي الزِّنَا، وَلَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ ظَهَرَتْ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً

القطع يوجب الضمان بلا ريبٍ فلما وجب الضمان بإقراره الأول فلو وجب بإقراره الثاني سقط الضمان الواجب، والإنسان لا يستقل بإسقاط الضمان الواجب بقوله، وكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى يقول: العجب من أبي يوسف رحمه الله تعالى أن شانه علا وارتفع بهذه المسئلة حين كان خامل الذكر، كان في مجلس هارون الرشيد فأتِي بسارق فقالوا للسارق: أنتَ سرقتَ هذا المال؟ فقال: أنا أخذت هذا المال، فاتَّفق الفقهاء من أهل المعالم أنه يقطع، فقال أبو يوسفَ رحمه الله تعالىٰ: لا يُقطع لأنه ما أقرَّ بالسرقة وإنما أقرَّ بالأخذ والأخذ يوجب الضمان دون القطع، فحاروا وخجلوا وأقرُّوا أنَّ ما قاله حقٌّ لكن قالوا: نسأله ثانيًا فسألوه فقال: نعم سرقتُ، فقالوا: الله أكبَر الآن يقطع، فقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: لا يقطع لأنَّ الضمان وجب عليه بالإقرار فأراد الآن أن يسقط الضمان عن نفسه، فأقرَّ أهل المعالم من الشيب والشبان أنَّ الحق ما قاله، وذكر في المبسوط تعليل محمد رحمه الله تعالى لم أقطعه في المرَّة الأولىٰ ولم أقطعه في المرَّة الثانية لأنَّ المال صار دينًا عليه بالإقرار الأول فهو بالإقرار الثانِي يريد إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده، فيكون متهمًا في ذلك فلا يقطع حينئذٍ، وإن كان المال قائمًا بعينه رددته بعد الإقرار الأول قبل إقرار الثانِي فكيف يلزمه القطع بالإقرار بعد ردِّ المال؟ ألا ترىٰ أنَّ

فَيُكْتَفَىٰ بِهِ كَمَا فِي القِصَاصِ وَحَدِّ القَذْفِ وَلَا اعْتِبَارَ بِالشَّهَادَةِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تُفِيدُ فِيهَا تَقْلِيلَ تُهْمَةِ الكَذِبِ وَلَا تُفِيدُ فِي الإِقْرَارِ شَيْئًا لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ، وَبَابُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ الحَدِّ لَا يَنْسَدُّ بِالتَّكْرَارِ وَالرُّجُوعُ فِي حَقِّ المَالِ لَا يَصِحُّ أَصْلًا لِأَنَّ صَاحِبَ المَالِ يُكَذِّبُهُ، وَاشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فِي الزِّنَا بِخِلَافِ القِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ عَلَىٰ مَوْرِدِ الشَّرْعِ.

قَالَ: (وَيَجِبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ) لِتَحَقُّقِ الظُّهُورِ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَهُمَا الإِمَامُ عَنْ كَيْفِيَّةِ السَّرِقَةِ وَمَاهِيَّتِهَا وَزَمَانِهَا وَمَكَانِهَا

بالشهادة لا يلزمه القطع بعد ردِّ المال فبالإقرار أَوْلىٰ.

قوله: وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَهُمَا الإِمَامُ عَنْ كَيْفِيَّةِ السَّرِقَةِ، فيقول: كيف سرق، لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع، وفي هذا الوجه لا يقطع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وَمَاهِيَّتِهَا، لأنه مبهم الاسم محتمل فإن من يستمع إلىٰ كلام الغير سرًّا يسمَّىٰ سارقًا قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسۡتَرَقَ ٱلسَّمۡعَ﴾ [الحجر: ١٨] ومَنْ لا يعتدل في الركوع والسجود يسمَّىٰ سارقًا، قال عليه الصلاة والسلام: «إنَّ أسوأ الناس سرقةً من يسرق من صلاته»، وَزَمَانِهَا، أي فيما إذا ثبتت السرقة بالبينة فيسألهما الإمام فيقول: متىٰ سرق؟ لجواز أنه تقادم العهد وأنه مانع للقطع إذا ثبتت السرقة بالبينة، وأمَّا إذا ظهرت بالإقرار فلا يحتاج الإمام إلى السؤال عن الزمان لأنَّ تقادم الزمان لا يمنع صحة الإقرار، كذا في المبسوط والمحيط.

قوله: وَمَكَانِهَا، لجواز أنه سرق من غير الحرز، أو في دار الحرب لأنه لا يقام الحدُّ علىٰ من باشر السبب في دار الحرب.

لِزِيَادَةِ الِاحْتِيَاطِ كَمَا مَرَّ فِي الحُدُودِ، وَيَحْبِسُهُ إِلَىٰ أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلتُّهْمَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ قُطِعَ، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلُّ لَا يُقْطَعُ) لِأَنَّ المُوجِبَ سَرِقَةُ النِّصَابِ وَيَجِبُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِجِنَايَتِهِ فَيُعْتَبَرُ كَمَالُ النِّصَابِ فِي حَقِّهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَيَحْبِسُهُ إِلَىٰ أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلتُّهْمَةِ، لأنه لا يمكن التوفيق بالتكفيل لأنه لا كفالةَ في حقوق الله تعالىٰ ويتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتهما لأنَّ القطع يتعذَّر تلافيه عند وقوع الغلط فيه.

قوله: وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ قُطِعَ، هذا إذا لم يكن بين هؤلاء السراق صبيٌّ أو مجنونٌ، فإن كان واحد منهما بينهم دُرئ الحد عنهم في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالىٰ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان الصبي والمجنون وليًّا إخراج المتاع دُرئ الحد عنهم، وإن كان الذي ولِّىٰ سواهما قطعوا إلَّا الصبي والمجنون لأنَّ الحامل هو الأصل، كذا في الإيضاح.

قوله: وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلُّ لَا يُقْطَعُ، خلافًا لمالك رحمه الله تعالىٰ، ولا يرد على هذا وجوب القصاص على جماعة قتلوا واحدًا لأنَّ القتل بطريق التغالب فاحتيج إلى الشرع الزاجر لتقليله، ولا كذلك سرقة ما لا يصيب كل واحد منهم إلا شيءٌ قليلٌ، ولأنَّ انزهاق الروح غير متجزٍّ فيضاف إلى كل واحد منهم كملاً، كولاية الإنكاح للأولياء المستوين في الدرجة، والله أعلم بالصواب.

بَابُ مَا يُقْطَعُ فِيهِ وَمَا لَا يُقْطَعُ فِيهِ

(وَلَا قَطْعَ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا مُبَاحًا فِي دَارِ الإِسْلَامِ كَالْخَشَبِ وَالْحَشِيشِ وَالْقَصَبِ وَالسَّمَكِ وَالطَّيْرِ وَالصَّيْدِ وَالزِّرْنِيخِ وَالْمَغَرَةِ وَالنُّورَةِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ عَائِشَةَ قَالَتْ: «كَانَتِ اليَدُ لَا تُقْطَعُ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ» ، أَيِ الحَقِيرِ، وَمَا يُوجَدُ جِنْسُهُ مُبَاحًا فِي الأَصْلِ بِصُورَتِهِ غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ، حَقِيرٌ تَقِلُّ الرَّغَبَاتُ فِيهِ، وَالطِّبَاعُ لَا تَضِنُّ بِهِ، فَقَلَّمَا يُوجَدُ أَخْذُهُ عَلَىٰ كُرْهٍ مِنَ المَالِكِ فَلَا حَاجَةَ إِلَىٰ شَرْعِ الزَّاجِرِ، وَلِهَٰذَا لَمْ يَجِبِ القَطْعُ فِي سَرِقَةِ مَا دُونَ النِّصَابِ وَلِأَنَّ الحِرْزَ فِيهَا نَاقِصٌ؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّ الخَشَبَ يُلْقَىٰ عَلَى الأَبْوَابِ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الدَّارِ لِلْعِمَارَةِ لَا لِلْإِحْرَازِ

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قوله: وَلَا قَطْعَ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا مُبَاحًا فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وما يوجد مباحًا في الأصل في دار الحرب وهو عزيز لا يورث الشبهة، لأنَّ الأموال كلها في دار الحرب على الإباحة وتفاهة الشيء يُعرف بالرجوع إلى العرف، فإنَّ الإنسان قد يتْرك الأخذ مع القدرة عليه وبعد إظهار الرغبة فيه عن الخساسة، وكذا الضنة به تعد من الخساسة، وتفاهته من هذا الوجه يخل بخطره، وقلة الخطر يمنع وجوب القطع، كنقصان قدر النصاب.

قوله: بِصُورَتِهِ، أي بخلقته الأصلية.

وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ وَكَذَا الشَّرِكَةُ العَامَّةُ الَّتِي كَانَتْ فِيهِ وَهُوَ عَلَىٰ تِلْكَ الصِّفَةِ تُورِثُ الشُّبْهَةَ، وَالْحَدُّ يَنْدَرِئُ بِهَا، وَيَدْخُلُ فِي السَّمَكِ المَالِحُ وَالطَّرِيُّ، وَفِي الطَّيْرِ الدَّجَاجُ وَالْبَطُّ وَالْحَمَامُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قَطْعَ فِي الطَّيْرِ» وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ القَطْعُ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا الطِّينَ وَالتُّرَابَ وَالسِّرْقِينَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِمَا مَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَلَا قَطْعَ فِيمَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الفَسَادُ كَاللَّبَنِ وَاللَّحْمِ وَالْفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا فِي كَثَرٍ» وَالْكَثَرُ الجُمَّارُ، وَقِيلَ الوَدِيُّ، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قَطْعَ فِي الطَّعَامِ» وَالْمُرَادُ وَاللهُ أَعْلَمُ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الفَسَادُ كَالْمُهَيَّإِ لِلْأَكْلِ مِنْهُ وَمَا فِي مَعْنَاهُ كَاللَّحْمِ وَالثَّمَرِ لِأَنَّهُ يُقْطَعُ فِي الحِنْطَةِ وَالسُّكَّرِ

قوله: وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ، بيان نقصان الحرز.

قوله: وَهُوَ عَلَىٰ تِلْكَ الصِّفَةِ، احترِاز عن الأوانِي والأبواب المتَّخذة من الخشب فإنَّ فيها القطع.

قوله: وَالْكَثَرُ الجُمَّارُ، وهو شيءٌ أبيضٌ لين يخرج من رأس النخل، ومن قال هو حطب أو صغار النخل فقد أخطأ، ذكره المطرزي، والودي الصغار من النخل، وقيل: غصن يخرج من النخل فيقطع ويغرس.

قوله: لِأَنَّهُ يُقْطَعُ فِي الحِنْطَةِ وَالسُّكَّرِ إِجْمَاعًا، هذا إذا سرق في أيَّام الخصب، أمَّا

إِجْمَاعًا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْطَعُ فِيهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ فَإِذَا آوَاهُ الجَرِينُ أَوِ الجِرَانُ قُطِعَ» قُلْنَا: أَخْرَجَهُ عَلَىٰ وِفَاقِ العَادَةِ، وَالَّذِي يُؤْوِيهِ الجَرِينُ فِي عَادَتِهِمْ هُوَ اليَابِسُ مِنَ الثَّمَرِ وَفِيهِ القَطْعُ.

قَالَ: (وَلَا قَطْعَ فِي الفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ الَّذِي لَمْ يُحْصَدْ) لِعَدَمِ الإِحْرَازِ (وَلَا قَطْعَ فِي الأَشْرِبَةِ المُطْرِبَةِ) لِأَنَّ السَّارِقَ يَتَأَوَّلُ فِي تَنَاوُلِهَا الإِرَاقَةَ، وَلِأَنَّ بَعْضَهَا لَيْسَ بِمَالٍ، ....

المجاعة والقحط قال مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: لا يجب القطع بسرقة الطعام مطلقًا من غير تفصيل بين المهيَّا للأكل وغيره لأنه يرخص له بتناول مال الغير بالقيمة عند المخمصة.

قوله: فَإِذَا آوَاهُ الجَرِينُ أَوِ الجِرَانُ، هذا تردُّد من الراوي فقد أشكل عليه لفظ النبي عليه الصلاة والسلام فقال هذا أو هذا، والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقىٰ فيه الرطب ليجف، كذا في المغرب، وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه إلى منخره، فجاز أن يسمى به هنا الجراب المتخذ منه.

قوله: عَلَىٰ وِفَاقِ العَادَةِ، يعني إنَّما ثبت القطع فيما أواه الجرين بناءً علىٰ عادتَهم أنَّهم كانوا لا يضعون في الجرين إلَّا اليابسَ فانصرف اللفظ إلى اليابس فلا يكون حجةً علينا، لأنا نقول بوجوب القطع في اليابس.

قوله: وَلَا قَطْعَ فِي الفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ، وإن يبس، ولا يقطع في الأشربة المطربة، أي المسكرة، وفي الإيضاح: ويقطع في الخلِّ لأنه لا يتسارع إليه الفساد.

قوله: وَلِأَنَّ بَعْضَهَا لَيْسَ بِمَالٍ، أي بمتقوِّم كالخمر.

وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلَافٌ فَتَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ عَدَمِ المَالِيَّةِ.

قَالَ: (وَلَا فِي الطُّنْبُورِ) لِأَنَّهُ مِنَ المَعَازِفِ (وَلَا فِي سَرِقَةِ المُصْحَفِ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُقْطَعُ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ حَتَّىٰ يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ مِثْلُهُ، وَعَنْهُ أَيْضًا أَنَّهُ يُقْطَعُ إِذَا بَلَغَتِ الحِلْيَةُ نِصَابًا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ المُصْحَفِ فَتُعْتَبَرُ بِانْفِرَادِهَا، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الآخِذَ يَتَأَوَّلُ فِي أَخْذِهِ القِرَاءَةَ وَالنَّظَرَ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ لَا مَالِيَّةَ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ المَكْتُوبِ وَإِحْرَازُهُ لِأَجْلِهِ لَا لِلْجِلْدِ وَالْأَوْرَاقِ وَالْحِلْيَةِ وَإِنَّمَا هِيَ تَوَابِعُ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّبَعِ، كَمَنْ سَرَقَ آنِيَةً فِيهَا خَمْرٌ وَقِيمَةُ الآنِيَةِ تَرْبُو عَلَى النِّصَابِ.

(وَلَا قَطْعَ فِي أَبْوَابِ المَسْجِدِ) لِعَدَمِ الإِحْرَازِ فَصَارَ كَبَابِ الدَّارِ بَلْ أَوْلَىٰ، لِأَنَّهُ يُحَرَّزُ بِبَابِ الدَّارِ مَا فِيهَا وَلَا يُحَرَّزُ بِبَابِ المَسْجِدِ مَا فِيهِ حَتَّىٰ لَا يَجِبُ القَطْعُ بِسَرِقَةِ مَتَاعِهِ.

قَالَ: (وَلَا الصَّلِيبِ مِنَ الذَّهَبِ وَلَا الشِّطْرَنْجِ وَلَا النَّرْدِ) لِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ مَنْ

قوله: وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلَافٌ، كالمنصف والباذق، وفي المُغْرِبِ: المعازف آلات اللهو التي يضرب بها، الواحد: عزف رواية عن العرب، وإذا أفرد المعزف فهو نوع من الطنابير تَتَّخذه أهل اليمن.

قوله: وَقِيمَةُ الآنِيَةِ تَرْبُو عَلَى النِّصَابِ، وكذا إذا كانت مساويةً للنصاب.

قوله: وَلَا الصَّلِيبِ مِنَ الذَّهَبِ وَلَا الشِّطْرَنْجِ، الصليب شيء مثلث كالتِّمثال تعبده

أَخَذَهَا الكَسْرَ نَهْيًا عَنِ المُنْكَرِ، بِخِلَافِ الدِّرْهَمِ الَّذِي عَلَيْهِ التِّمْثَالُ لِأَنَّهُ مَا أُعِدَّ لِلْعِبَادَةِ فَلَا تَثْبُتُ شُبْهَةُ إِبَاحَةِ الكَسْرِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الصَّلِيبُ فِي المُصَلَّىٰ لَا يُقْطَعُ لِعَدَمِ الحِرْزِ، وَإِنْ كَانَ فِي بَيْتٍ آخَرَ يُقْطَعُ لِكَمَالِ المَالِيَّةِ وَالْحِرْزِ.

(وَلَا قَطْعَ عَلَىٰ سَارِقِ الصَّبِيِّ الحُرِّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ) لِأَنَّ الحُرَّ لَيْسَ بِمَالٍ وَمَا عَلَيْهِ مِنَ الحُلِيِّ تَبَعٌ لَهُ، وَلِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ فِي أَخْذِهِ الصَّبِيَّ إِسْكَاتَهُ أَوْ حَمْلَهُ إِلَىٰ مُرْضِعَتِهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يُقْطَعُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ هُوَ نِصَابٌ لِأَنَّهُ يَجِبُ القَطْعُ بِسَرِقَتِهِ وَحْدَهُ فَكَذَا مَعَ غَيْرِهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا سَرَقَ إِنَاءَ فِضَّةٍ فِيهِ نَبِيذٌ أَوْ ثَرِيدٌ، وَالْخِلَافُ فِي الصَّبِيِّ لَا يَمْشِي وَلَا يَتَكَلَّمُ كَيْ لَا يَكُونَ فِي يَدِ نَفْسِهِ.

النصارىٰ، والشطرنج بكسر الشين على وزن جردحل، وفي الذخيرة: ولا قطع في سرقة الشطرنج وإن كان من ذهبٍ، والنرد يكون كذلك.

قوله: إِنْ كَانَ الصَّلِيبُ فِي المُصَلَّىٰ، هو موضع الصلاة أو الدعاء، والمراد به هنا موضع صلاة النصارىٰ وهو معبدهم.

قوله: وَمَا عَلَيْهِ مِنَ الحُلِيِّ تَبَعٌ لَهُ، وقال أيضًا في المبسوط: ألا ترىٰ أنه لو سرق ثوبًا لا يساوي عشرة دراهم ووجد فيه جيبه عشرة دراهم مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه، وإن كان يعلم بها فعليه القطع، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن عليه القطع في الأحوال كلها لأنَّ سرقته قد تمَّت في نصابٍ كاملٍ.

قوله: وَالْخِلَافُ فِي الصَّبِيِّ لَا يَمْشِي وَلَا يَتَكَلَّمُ كَيْ لَا يَكُونَ فِي يَدِ نَفْسِهِ،

(وَلَا قَطْعَ فِي سَرِقَةِ العَبْدِ الكَبِيرِ) لِأَنَّهُ غَصْبٌ أَوْ خِدَاعٌ (وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ العَبْدِ الصَّغِيرِ) لِتَحَقُّقِهَا بِحَدِّهَا إِلَّا إِذَا كَانَ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ هُوَ وَالْبَالِغُ سَوَاءٌ فِي اعْتِبَارِ يَدِهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يُقْطَعُ وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا لَا يَعْقِلُ وَلَا يَتَكَلَّمُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ آدَمِيٌّ مِنْ وَجْهٍ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مَالٌ مُطْلَقٌ لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ أَوْ بِعَرْضِ أَنْ يَصِيرَ مُنْتَفَعًا بِهِ إِلَّا أَنَّهُ انْضَمَّ إِلَيْهِ مَعْنَى الآدَمِيَّةِ (وَلَا قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا) لِأَنَّ المَقْصُودَ مَا فِيهَا وَذٰلِكَ لَيْسَ بِمَالٍ (إِلَّا فِي دَفَاتِرِ الحِسَابِ) لِأَنَّ مَا فِيهَا لَا يُقْصَدُ بِالْأَخْذِ فَكَانَ المَقْصُودُ هُوَ الكَوَاغِدَ.

قَالَ: (وَلَا فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلَا فَهْدٍ) لِأَنَّ مِنْ جِنْسِهَا يُوجَدُ مُبَاحُ الأَصْلِ غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ وَلِأَنَّ الِاخْتِلَافَ بَيْنَ العُلَمَاءِ ظَاهِرٌ فِي مَالِيَّةِ الكَلْبِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً.

حتى لو كان يمشي ويتكلم لانقطع إجماعًا، لأنَّ له يدًا على نفسه وعلى ما هو تابعٌ له فكان أخذه خداعًا.

قوله: وَلَا قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا، أمَّا كتب الفقه والأحاديث والتفسير فهي كالمصحف من وجهٍ، وإن كانت أشياءَ مكروهةً فهي كالطنبور.

قوله: إِلَّا فِي دَفَاتِرِ الحِسَابِ، والمراد دفاتر مضىٰ حسابُها، لأنَّ ما فيها لا يقصد بالأخذ وإنَّما المقصود الكواغذ فتقطع إن بلغت نصابًا، واختلفوا في كتب الأدب فقيل هي ملحقة بدفاتر الحساب من حيث أنه لا يحتاج إليها في معرفة أحكام الشرع، وقيل ملحقة بالفقه والتفسير لأنَّ معرفتهما تتوقف عليها.

(وَلَا قَطْعَ فِي دُفٍّ وَلَا طَبْلٍ وَلَا بِرْبَطٍ وَلَا مِزْمَارٍ) لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لَا قِيمَةَ لَهَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ آخِذُهَا يَتَأَوَّلُ الكَسْرَ فِيهَا.

(وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ وَالْقَنَا وَالْآبَنُوسِ وَالصَّنْدَلِ) لِأَنَّهَا أَمْوَالٌ مُحَرَّزَةٌ لِكَوْنِهَا عَزِيزَةً عِنْدَ النَّاسِ وَلَا تُوجَدُ بِصُورَتِهَا مُبَاحَةً فِي دَارِ الإِسْلَامِ.

قَالَ: (وَيُقْطَعُ فِي الفُصُوصِ الخُضْرِ وَالْيَاقُوتِ وَالزَّبَرْجَدِ) لِأَنَّهَا مِنْ أَعَزِّ الأَمْوَالِ وَأَنْفَسِهَا وَلَا تُوجَدُ مُبَاحَةَ الأَصْلِ بِصُورَتِهَا فِي دَارِ الإِسْلَامِ غَيْرَ مَرْغُوبٍ فِيهَا فَصَارَتْ كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.

(وَإِذَا اتَّخَذَ مِنَ الخَشَبِ أَوَانِيَ وَأَبْوَابًا قُطِعَ فِيهَا) لِأَنَّهُ بِالصَّنْعَةِ التَحَقَ بِالْأَمْوَالِ النَّفِيسَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهَا تُحَرَّزُ بِخِلَافِ الحَصِيرِ لِأَنَّ الصَّنْعَةَ فِيهِ لَمْ تَغْلِبْ عَلَى الجِنْسِ حَتَّىٰ يُبْسَطُ فِي غَيْرِ الحِرْزِ، وَفِي الحُصْرِ البَغْدَادِيَّةِ قَالُوا يَجِبُ القَطْعُ فِي سَرِقَتِهَا لِغَلَبَةِ الصَّنْعَةِ عَلَى الأَصْلِ وَإِنَّمَا يَجِبُ القَطْعُ فِي غَيْرِ المُرَكَّبِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ خَفِيفًا لَا يَثْقُلُ عَلَى الوَاحِدِ

قوله: وَلَا قَطْعَ فِي دُفٍّ وَلَا طَبْلٍ، هذا إذا كان طبل لهو، وأمَّا طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ في وجوب القطع فيه، واختار الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ أنه لا يجب القطع لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتتمكن الشبهة، كذا في المحيط.

قوله: فِي السَّاجِ وَالْقَنَا وَالْآبَنُوسِ، السَّاج شجر يعظم جدًا، قالوا لا ينبت إلَّا في بلاد الهند، والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح، والآبنوس بفتح الباء.

قوله: وَإِنَّمَا يَجِبُ القَطْعُ فِي غَيْرِ المُرَكَّبِ، أراد به تركيب الباب على الجدار،

حَمْلُهُ لِأَنَّ الثَّقِيلَ مِنْهُ لَا يُرْغَبُ فِي سَرِقَتِهِ.

(وَلَا قَطْعَ عَلَىٰ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ) لِقُصُورٍ فِي الحِرْزِ (وَلَا مُنْتَهِبٍ وَلَا مُخْتَلِسٍ) لِأَنَّهُ يُجَاهِرُ بِفِعْلِهِ، كَيْفَ وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قَطْعَ فِي مُخْتَلِسٍ وَلَا مُنْتَهِبٍ وَلَا خَائِنٍ».

(وَلَا قَطْعَ عَلَى النَّبَّاشِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: عَلَيْهِ القَطْعُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ نَبَشَ قَطَعْنَاهُ» وَلِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ مُحْرَزٌ يُحْرَزُ مِثْلُهُ

إنما يجب القطع بسرقة الأبواب إذا كانت محرزةً في البيت غير معلقةٍ بموضع الباب من الجدار فإنَّها إذا كانت معلقةً لا يجب القطع بسرقتها.

قوله: وَلَا قَطْعَ عَلَىٰ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ، وهو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون، والانتهاب أن يأخذ علىٰ وجه العلانية قهرًا من ظاهر بلدة أو قرية، والاختلاس أن يأخذ من اليد بسرعةٍ جهرًا.

قوله: مُحْرَزٌ يُحْرَزُ مِثْلُهُ، قال الطحاوي رحمه الله تعالىٰ: حِرْزُ كل شيء يعتبَرُ بحرز مثله حتّىٰ أنه إذا سَرَقَ دابة من أصطُبُلٍ يقطع، ولو سرق ثوبـًا من أصطُبُل لا يقطع، وكذا لو سرق الشاة من الحظيرة يقطع، ولو كان فيها ثوبٌ فسرقه لا يقطع، ومسئلة النباش اختلف الصحابة رضي الله عنهم فيها، فعمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم قالوا بوجوب القطع على النباش، وابن عباس رضي الله عنهما كان يقول لا قطع عليه، واتفق عليه من بقي في عهد مروان من الصحابة على ما رُوي أن نباشًا أتِي به مروان فسأله الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا له فيه شيئًا فعزَّره أسْواطًا ولم يقطعه، وبِهذا تبيَّن فساد

فَيُقْطَعُ فِيهِ، وَلَهُمَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قَطْعَ عَلَى المُخْتَفِي» وَهُوَ النَّبَّاشُ بِلُغَةِ أَهْلِ المَدِينَةِ، وَلِأَنَّ الشُّبْهَةَ تَمَكَّنَتْ فِي المِلْكِ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمَيِّتِ حَقِيقَةً وَلَا لِلْوَارِثِ لِتَقَدُّمِ حَاجَةِ المَيِّتِ، وَقَدْ تَمَكَّنَ الخَلَلُ فِي المَقْصُودِ وَهُوَ الِانْزِجَارُ لِأَنَّ الجِنَايَةَ فِي نَفْسِهَا نَادِرَةُ الوُجُودِ وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، وَإِنْ كَانَ القَبْرُ فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ لِمَا قُلْنَا وَكَذَا إِذَا سَرَقَ مِنْ تَابُوتٍ فِي القَافِلَةِ وَفِيهِ المَيِّتُ لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ المَالِ) لِأَنَّهُ مَالُ العَامَّةِ وَهُوَ مِنْهُمْ.

قَالَ: (وَلَا مِنْ مَالٍ لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ) لِمَا قُلْنَا.

من يستدل بالآية لإيجاب القطع عليه فإنَّ اسم السارق لو كان يتناوله مطلقًا لَما احتاج مروان إلى مشاورة الصحابة مع النصِّ وما اختلفوا على خلاف النصِّ، كذا في المبسوط.

قوله: وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ، قيل إنه من كلام زياد.

قوله: أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، ألا ترىٰ أنه قال في ذلك الحديث: «من قتل عبده قتلناه، ومن جدع أنفه جدعناه»، وهو محمول على السياسة فكذا هذا، وللإمام رأي فيمن اعتاد ذلك، وإن كان القبْر في بيت مُقفَّل فهو على الخلاف في الصحيح، سواء نبش الكفن أو سرق مالاً آخر من ذلك البيت لاختلال الحرز بوضع الميِّت فيه، إذ لكلِّ أحد تأويل الدخول زيارةً، وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، أي من اختلال صفة المالية والمملوكية والحرز.

قوله: لِمَا قُلْنَا، من أنَّ له فيه شركة وهي تورث الشبهة.

(وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ دَرَاهِمُ فَسَرَقَ مِنْهُ مِثْلَهَا لَمْ يُقْطَعْ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ لِحَقِّهِ) ، وَالْحَالُّ وَالْمُؤَجَّلُ فِيهِ سَوَاءٌ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ التَّأْجِيلَ لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ، وَكَذَا إِذَا سَرَقَ زِيَادَةً عَلَىٰ حَقِّهِ لِأَنَّهُ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ يَصِيرُ شَرِيكًا فِيهِ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْهُ عُرُوضًا قُطِعَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الِاسْتِيفَاءِ مِنْهُ إِلَّا بَيْعًا بِالتَّرَاضِي، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ عِنْدَ بَعْضِ الْعُلَمَاءِ قَضَاءً مِنْ حَقِّهِ أَوْ رَهْنًا بِحَقِّهِ، قُلْنَا: هٰذَا قَوْلٌ لَا يَسْتَنِدُ إِلَىٰ دَلِيلٍ ظَاهِرٍ فَلَا يُعْتَبَرُ بِدُونِ اتِّصَالِ الدَّعْوَىٰ بِهِ، حَتَّىٰ لَوِ ادَّعَى ذٰلِكَ دُرِئَ عَنْهُ الْحَدُّ لِأَنَّهُ ظَنٌّ فِي مَوْضِعِ الْخِلَافِ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ فَسَرَقَ مِنْهُ دَنَانِيرَ قِيلَ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْأَخْذِ،

قوله: وَالْحَالُّ وَالْمُؤَجَّلُ فِيهِ سَوَاءٌ، أي في عدم القطع، والقياس في المؤجل القطع لأنه لا حقَّ له في أخذ شيء من ماله قبل حلول الأجل، وفي الاستحسان لا قطع لأنَّ التأجيل لا يسقط أصل الدين بتمكن من أخذ مثل حقه، وأكثر ما فيه أنه استعجل ما كان مؤخرًا من حقِّه، ومثل هذا الأخذ لا ينفكُّ عن شبهةٍ فلا يوجب القطع.

قوله: لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ عِنْدَ بَعْضِ الْعُلَمَاءِ، وهو قول ابن أبي ليلىٰ لوجود المجانسة باعتبار المالية، ومن العلماء من يقول يأخذه رهنًا بحقِّه.

قوله: حَتَّىٰ لَوِ ادَّعَى ذٰلِكَ، بأن قال: إنَّما أردتُّ أن آخذه رهنًا بحقِّي أو قضاءً بحقِّي، درئ الحد بشبهة اختلاف العلماء.

قوله: قِيلَ يُقْطَعُ، وهكذا نصَّ القدوري في شرحه، لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْأَخْذِ، لأنَّهما جنسان مختلفان، ألا ترىٰ أنه لو وكل رجلاً ليشتَري له شيئًا بدنانير فاشتَرىٰ له بدراهم أو

وَقِيلَ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ النُّقُودَ جِنْسٌ وَاحِدٌ.

(وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا فَقُطِعَ فِيهَا فَرَدَّهَا ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا لَمْ يُقْطَعْ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَلِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالْأُولَىٰ بَلْ أَقْبَحُ لِتَقَدُّمِ الزَّاجِرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ الْمَالِكُ مِنَ السَّارِقِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ثُمَّ كَانَتِ السَّرِقَةُ، وَلَنَا أَنَّ الْقَطْعَ أَوْجَبَ سُقُوطَ عِصْمَةِ الْمَحَلِّ

على القلب يصير مخالفًا.

قوله: وَقِيلَ لَا يُقْطَعُ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، وهو الصحيح، لأنَّ النقود في حكم جنس واحد، ولهذا يكمل أحدهما بالآخر في باب الزكاة، وقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ للإمام أن يتبادل أحد النقدين بالآخر بغير رضا المديون لقضاء حقه، وكذا في شراء ما باع بمنزلة جنسٍ واحدٍ حتى لا يصحَّ.

قوله: مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، أي بين أن يسرق الشيء المسروق أوَّلاً أو غيره.

قوله: وَلِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالْأُولَىٰ، لأنه سرق من حرزٍ لا شبهة فيه كما في المرَّة الأولىٰ، ولهذا السبب يلزمه القطع في المرَّة الأولىٰ فكذا في المرَّة الثانية، بل الجناية في المرَّة الثانية أَقْبَحُ عرفاً فكان أَوْلىٰ بشرع القطع، وهذا لأنه بعد ردِّ المتاع يصير هذا العين في حقِّ السارق كعينٍ آخر في حكم الضمان حتَّىٰ لو غصبه وأتْلَفه كان ضامناً فكذا في حكم القطع.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الْقَطْعَ أَوْجَبَ سُقُوطَ عِصْمَةِ الْمَحَلِّ، يعني أنَّ صفة المالية والتقوُّم

عَلَىٰ مَا يُعْرَفُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَبِالرَّدِّ إِلَى المَالِكِ إِنْ عَادَتْ حَقِيقَةُ العِصْمَةِ بَقِيَتْ شُبْهَةُ السُّقُوطِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ المِلْكِ وَالْمَحَلِّ، وَقِيَامُ المُوجِبِ وَهُوَ القَطْعُ فِيهِ، بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ لِأَنَّ المِلْكَ قَدِ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ سَبَبِهِ، وَلِأَنَّ تَكْرَارَ الجِنَايَةِ مِنْهُ نَادِرٌ لِتَحَمُّلِهِ مَشَقَّةَ الزَّاجِرِ فَتُعَرَّى الإِقَامَةُ عَنِ المَقْصُودِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الجِنَايَةِ،

لم تبق في هذا العين حقًّا للمسروق منه علىٰ ما تبيَّن، فبعد ذلك إن ظهرت المالية والتقوُّم في حقه بالاسترداد يبقىٰ ما سبق مورثـًا للشبهة والقطع يندرئ بِها، وهو نظير ما يوجد مباح الأصل في دار الإسلام إذا أحْرَزه إنسانٌ صار مالاً متقوِّمـًا له، ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الأصل.

قوله: عَلَىٰ مَا يُعْرَفُ، إشارةٌ إلىٰ قوله بعد أوراقٍ: لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه.

قوله: نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ المِلْكِ، بأن لم يتبدل بالبيع والمحل بأن لم يتبدل كما لو كان غزلاً فنسجه أو لم يسرق عينـًا آخر من المسروق منه.

قوله: وَقِيَامُ المُوجِبِ، أي سقوط العصمة على المحل لأنَّ سقوط عصمة المحل باعتبار وجوب القطع.

قوله: بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ، أي فيما إذا باعه المالك ثم اشتَراه، وقد قيل لا يلزم القطع أيضًا، ولئن سُلِّم فالملك هناك بتجدد السبب والمالية والتقوُّم باعتبار الملك فيجعل متجددًا أيضًا، وهذا لأنَّ اختلاف أسْباب الملك كاختلاف الأعْيان، ألا ترىٰ أنَّ المشتَري إذا باع غيره ثم اشتَراه ثم اطَّلَع علىٰ عيبٍ قديمٍ لم يرده على البائع الأوَّل، بخلاف ما إذا زنىٰ بامرأةٍ فحُدَّ ثم زنىٰ ثانيًا حيث لزمه الحدُّ لأنه لا يجب باعتبار المستوفى وأنه متلاش

وَصَارَ كَمَا إِذَا قَذَفَ المَحْدُودُ فِي قَذْفِ المَقْذُوفَ الأَوَّلَ.

قَالَ: (فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ غَزْلًا فَسَرَقَهُ وَقُطِعَ فَرَدَّهُ ثُمَّ نُسِجَ فَعَادَ فَسَرَقَهُ قُطِعَ) لِأَنَّ العَيْنَ قَدْ تَبَدَّلَتْ وَلِهٰذَا يَمْلِكُهُ الغَاصِبُ بِهِ، وَهٰذَا هُوَ عَلَامَةُ التَّبَدُّلِ فِي كُلِّ مَحَلٍّ، وَإِذَا تَبَدَّلَتِ انْتَفَتِ الشُّبْهَةُ النَّاشِئَةُ مِنِ اتِّحَادِ المَحَلِّ، وَالْقَطْعُ فِيهِ فَوَجَبَ القَطْعُ ثَانِيًا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

والمستوفى في المرَّة الثانية غير المستوفى في المرَّة الأولىٰ مع أنَّ هناك حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحدِّ منه في المرَّة الأولىٰ، بخلاف المالية والتقوُّم الذي هو حقُّ المالك في العين فإنه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا قَذَفَ المَحْدُودُ فِي قَذْفِ المَقْذُوفَ الأَوَّلَ، ذكر الإمام البُردعي[١] رحمه الله تعالىٰ: معناه بعين ذلك الزنا، أمَّا لو نسبه إلىٰ غير ذلك الزنا فإنه يحدُّ أيضًا.

قوله: وَلِهٰذَا يَمْلِكُهُ الغَاصِبُ بِهِ، أي بالنسج.

قوله: وَهٰذَا هُوَ عَلَامَةُ التَّبَدُّلِ، أي ملك الغاصب المغصوب بالنسج دليلُ تبدُّل العين وإلَّا لما انقطع حقُّ المالك عن المغصوب، فإن قيل: العين الأوَّل قائمٌ حقيقةً وإنَّما تبدل اسمه وصورته، قلنا: المتمكن شبهة سقوط العصمة قبل تبدُّل الاسم والصورة وكان المتمكِّن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبَر، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

---

(١) هكذا في (أ) و (ب) و (ج)، وورد في المطبوعتين (المُرغري)، وهو تصحيفٌ.

فَصْلٌ فِي الحِرْزِ وَالْأَخْذِ مِنْهُ

(وَمَنْ سَرَقَ مِنْ أَبَوَيْهِ أَوْ وَلَدِهِ أَوْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يُقْطَعْ) فَالْأَوَّلُ وَهُوَ الوِلَادُ لِلْبُسُوطَةِ فِي المَالِ وَفِي الدُّخُولِ فِي الحِرْزِ، وَالثَّانِي لِلْمَعْنَى الثَّانِي، وَلِهٰذَا أَبَاحَ الشَّرْعُ النَّظَرَ إِلَىٰ مَوَاضِعِ الزِّينَةِ الظَّاهِرَةِ مِنْهَا، بِخِلَافِ الصَّدِيقَيْنِ لِأَنَّهُ عَادَاهُ بِالسَّرِقَةِ، ....

فصل في الحرز والأخذ منه

الحرز: الموضع الحصين الذي أعدَّ لحفظ الأمتعة.

قوله: وَالثَّانِي، وهو قرابة المحرمية للمعنى الثاني وهو الدخول في الحرز.

قوله: إِلَىٰ مَوَاضِعِ الزِّينَةِ الظَّاهِرَةِ، ذكر في المبسوط: ولهذا ثبت حلُّ النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة وهي قرابة ذي الرحم المحرم، ثمَّ المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكفُّ، ومن مواضع الزينة الباطنة العُنُق والرأس والساق على ما يجيء في الكراهة إن شاء الله تعالىٰ، ولعلَّ المراد من مواضع الزينة الظاهرة هنا ما يظهر في العادة عند ترك التكلف في السرِّ لا أن يراد بها الوجه والكفُّ فقط، لأنَّ النظر إلى الوجه والكفِّ مباحٌ للأجنبيِّ أيضًا إذا لم يكن عن شهوةٍ، ويدلُّ عليه قوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ﴾ إلىٰ قوله: ﴿أَوْ بُيُوتِ خَٰلَٰتِكُمْ﴾ [النور: ٦١] فظاهره يقتضي الإباحة وهو وإن ترك لقيام الدليل تبقىٰ شبهةً، ولا يلزم قوله تعالىٰ في آخر الآية: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ لأنه إذا قصد السرقة فقد عاداه ولم يبق صديقًا له فلعدم الصداقة عند السرقة انتفت الشبهة، وأمَّا الإخوة وما يضاهيها فيبقى مع السرقة كالأبوة.

وَفِي الثَّانِي خِلَافُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ أَلْحَقَهَا بِالْقَرَابَةِ الْبَعِيدَةِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي العَتَاقِ.

(وَلَوْ سَرَقَ مِنْ بَيْتِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مَتَاعَ غَيْرِهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُقْطَعَ، وَلَوْ سَرَقَ مَالَهُ مِنْ بَيْتِ غَيْرِهِ يُقْطَعُ) اعْتِبَارًا لِلْحِرْزِ وَعَدَمِهِ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ قُطِعَ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَحِشْمَةٍ، بِخِلَافِ الأُخْتِ مِنَ الرَّضَاعِ لِانْعِدَامِ هٰذَا المَعْنَىٰ فِيهَا عَادَةً، وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لَا قَرَابَةَ وَالْمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِهَا لَا تُحْتَرَمُ كَمَا إِذَا ثَبَتَتْ بِالزِّنَا وَالتَّقْبِيلِ عَنْ شَهْوَةٍ، وَأَقْرَبُ مِنْ ذٰلِكَ الأُخْتُ مِنَ الرَّضَاعَةِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الرَّضَاعَ قَلَّمَا يَشْتَهِرُ

قوله: وَفِي الثَّانِي خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، أي في ذي الرحم المحرم.

قوله: اعْتِبَارًا لِلْحِرْزِ وَعَدَمِهِ، علىٰ طريق اللَّفِّ والنشر من غير ترتيب.

قوله: بِخِلَافِ الأُخْتِ مِنَ الرَّضَاعِ، لأنه لا شُبهة في المال والحرز، أمَّا لا شبهة في المال فلأنه لا ينتفع كلُّ واحد بمال الآخر من غير إذنٍ، ألا ترىٰ أنه لا يستحقُّ كل واحد النفقة على الآخر عند الحاجة، وأمَّا الحرز فلأنه لا يجوز الدخول من غير استئذانٍ.

قوله: كَمَا إِذَا ثَبَتَتْ بِالزِّنَا، يعني إذا سرق من بيت بنت المزنية يقطع مع وجود المحرمية بزنا أمِّها.

قوله: وَأَقْرَبُ مِنْ ذٰلِكَ، يعني الأقرب من الزنا والتقبيل عن شهوةٍ أي من المحرمية الثابتة بالزنا بالمتنازع فيه محرمية الأخت رضاعـًا فإنَّ الأمَّ والأخت من الرضاع يتشابَهان ويتشاكلان فإنَّ محرميتهما ثبتت بالرضاع، ولو كانت الأمومة من الرضاع مؤثرةً كانت

فَلَا بُسُوطَةَ تَحَرُّزًا عَنْ مَوْقِفِ التُّهْمَةِ بِخِلَافِ النَّسَبِ.

(وَإِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الآخَرِ أَوِ العَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ أَوْ مِنِ امْرَأَةِ سَيِّدِهِ أَوْ مِنْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ لَمْ يُقْطَعْ) لِوُجُودِ الإِذْنِ بِالدُّخُولِ عَادَةً، وَإِنْ سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنْ حِرْزِ الآخَرِ خَاصَّةً لَا يَسْكُنَانِ فِيهِ فَكَذَٰلِكَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لِبُسُوطَةٍ بَيْنَهُمَا فِي الأَمْوَالِ عَادَةً وَدَلَالَةً وَهُوَ نَظِيرُ الخِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ (وَلَوْ سَرَقَ المَوْلَىٰ مِنْ مُكَاتَبِهِ لَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّ لَهُ فِي أَكْسَابِهِ حَقًّا (وَكَذَٰلِكَ السَّارِقُ مِنَ المَغْنَمِ) لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَصِيبًا، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ - دَرْءًا وَتَعْلِيلًا.

قَالَ: (وَالْحِرْزُ عَلَىٰ نَوْعَيْنِ حِرْزٌ لِمَعْنًى فِيهِ كَالْبُيُوتِ وَالدُّورِ، وَحِرْزٌ بِالْحَافِظِ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: الحِرْزُ لَا بُدَّ مِنْهُ لِأَنَّ الِاسْتِسْرَارَ لَا يَتَحَقَّقُ دُونَهُ، ثُمَّ هُوَ قَدْ يَكُونُ بِالْمَكَانِ وَهُوَ المَكَانُ المُعَدُّ لِإِحْرَازِ

الأختية مؤثرةً أيضًا كما في النسب فإلحاق الرضاع بالرضاع أوْلىٰ من إلحاق الرضاع بالزنا.

قوله: وَدَلَالَةً، وهو أنَّ عقد النكاح بينهما دال على البسوطة لأنَّهما بعقد النكاح يصيران كمصراعي الباب، وهذا يدلُّ على البسوطة في المال، أو لأنَّ البسوطة بينهما في الأموال لمَّا أثرت في منع قبول شهادة أحدهما للآخر فلأَن يمنع القطع أوْلىٰ لأنَّ القطع من الحدود وهي تندرئ بالشبهات وهذا يعمُّ الطرفين.

قوله: دَرْءًا وَتَعْلِيلًا، رُوِيَ عن عليٍّ رضي الله عنه أنه أتىٰ برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحدُّ وقال إنَّ له فيه نصيبًا.

الأَمْتِعَةِ كَالدُّورِ وَالْبُيُوتِ وَالصُّنْدُوقِ وَالْحَانُوتِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالْحَافِظِ كَمَنْ جَلَسَ فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي المَسْجِدِ وَعِنْدَهُ مَتَاعُهُ فَهُوَ مُحَرَّزٌ بِهِ، وَقَدْ «قَطَعَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَنْ سَرَقَ رِدَاءَ صَفْوَانَ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ وَهُوَ نَائِمٌ فِي المَسْجِدِ».

(وَفِي المُحَرَّزِ بِالْمَكَانِ لَا يُعْتَبَرُ الإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ هُوَ الصَّحِيحُ) لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ بِدُونِهِ وَهُوَ البَيْتُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَابٌ أَوْ كَانَ وَهُوَ مَفْتُوحٌ حَتَّىٰ يُقْطَعَ السَّارِقُ مِنْهُ، لِأَنَّ البِنَاءَ لِقَصْدِ الإِحْرَازِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ القَطْعُ إِلَّا بِالإِخْرَاجِ مِنْهُ لِقِيَامِ يَدِهِ فِيهِ قَبْلَهُ، بِخِلَافِ المُحَرَّزِ بِالْحَافِظِ حَيْثُ يَجِبُ القَطْعُ فِيهِ كَمَا أُخِذَ، لِزَوَالِ يَدِ المَالِكِ بِمُجَرَّدِ الأَخْذِ فَتَتِمُّ السَّرِقَةُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا أَوْ نَائِمًا

قوله: وَفِي المُحَرَّزِ بِالْمَكَانِ لَا يُعْتَبَرُ الإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ، هُوَ الصَّحِيحُ، وذكر في العيون: علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله يقطع إذا كان ثمَّة حافظٌ، وصورته: رجل سرق من حمام فإن كان صاحبه جالسًا عليه فسلَّ من تحته قطع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يقطع، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: والفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى اختار قول محمد رحمه الله تعالى في الحمام، ونحن نختار قوله أيضًا اتباعًا له.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَابٌ أَوْ كَانَ وَهُوَ مَفْتُوحٌ، لعلَّه أراد أنه إذا دخل البيت ليلاً وليس له باب أو كان وهو مفتوحٌ قطع لأنه حرزٌ فلا يعتبَر الحافظ، لِمَا ذكر في المحيط منقولاً من الحاوي: ولو كان باب الدار مفتوحًا فدخل نَهارًا وسرق لا يقطع.

وَالْمَتَاعُ تَحْتَهُ أَوْ عِنْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَدَّ النَّائِمُ عِنْدَ مَتَاعِهِ حَافِظًا لَهُ فِي العَادَةِ، وَعَلَى هٰذَا لَا يَضْمَنُ المُودَعُ وَالْمُسْتَعِيرُ بِمِثْلِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ، بِخِلَافِ مَا اخْتَارَهُ فِي الفَتَاوَىٰ.

قَالَ: (وَمَنْ سَرَقَ شَيْئًا مِنْ حِرْزٍ أَوْ مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ سَرَقَ مَالًا مُحَرَّزًا بِأَحَدِ الحِرْزَيْنِ (وَلَا قَطْعَ عَلَىٰ مَنْ سَرَقَ مَالًا مِنْ حَمَّامٍ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ) لِوُجُودِ الإِذْنِ عَادَةً أَوْ حَقِيقَةً فِي الدُّخُولِ فَاخْتَلَّ الحِرْزُ وَيَدْخُلُ فِي ذٰلِكَ حَوَانِيتُ التُّجَّارِ وَالْخَانَاتُ، إِلَّا إِذَا سَرَقَ مِنْهَا لَيْلًا لِأَنَّهَا بُنِيَتْ لِإِحْرَازِ الأَمْوَالِ،

قوله: وَالْمَتَاعُ تَحْتَهُ أَوْ عِنْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ، وقيل: إنَّما يكون محرزًا به في حال نومه وإذا كان تحت جنبه أو تحت رأسه، فأمَّا إذا كان موضوعًا بين يديه لا يكون محرزًا به في حال نومه، والصحيح أنه يقطع بكلِّ حالٍ لأنَّ المعتبَر الإحراز المعتاد وقد حصل بِهذه لأنَّ الناس يعدُّون النائم عند متاعه حافظًا، ألا ترىٰ أنَّ المودع والمستعير لا يضمنان بمثله وهما يضمنان بالتضييع فإنه قال يضمنان في هذه الصورة ولا يقطع السارق فيها، وفي فتاوىٰ أبي الليث رحمه الله تعالى: سُئِل أبو القاسم عمَّن حمل ثياب الوديعة على دابته فنزل في بعض الطريق ووضع الثياب تحت جنبه فسرق الثياب قال: إن أراد به التَّرفق ضمن وإن أراد به الحفظ لا يضمن، وذكر في المحيط: إنَّما لا يجب الضمان إذا وضعه بين يديه إن نام قاعدًا، أمَّا إذا نام مضطجعًا فعليه الضمان وهذا إذا كان في الحضر، أمَّا إذا كان في السفر فلا ضمان عليه في الحالين، وقوله: بخلاف ما ذكر في الفتاوى يحتمل الكلَّ.

قوله: لِوُجُودِ الإِذْنِ عَادَةً، أي في الحمّام، أَوْ حَقِيقَةً، في البيت الذي أذن في دخوله.

وَإِنَّمَا الإِذْنُ يَخْتَصُّ بِالنَّهَارِ.

(وَمَنْ سَرَقَ مِنَ المَسْجِدِ مَتَاعًا وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ بِالْحَافِظِ لِأَنَّ المَسْجِدَ مَا بُنِيَ لِإِحْرَازِ الأَمْوَالِ فَلَمْ يَكُنِ المَالُ مُحَرَّزًا بِالْمَكَانِ، بِخِلَافِ الحَمَّامِ وَالْبَيْتِ الَّذِي أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ حَيْثُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ بُنِيَ لِلْإِحْرَازِ فَكَانَ المَكَانُ حِرْزًا فَلَا يُعْتَبَرُ الإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ (وَلَا قَطْعَ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ مِمَّنْ أَضَافَهُ) لِأَنَّ البَيْتَ لَمْ يَبْقَ حِرْزًا فِي حَقِّهِ لِكَوْنِهِ مَأْذُونًا فِي دُخُولِهِ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَهْلِ الدَّارِ فَيَكُونُ فِعْلُهُ خِيَانَةً لَا سَرِقَةً.

(وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَلَمْ يُخْرِجْهَا مِنَ الدَّارِ لَمْ يُقْطَعْ لِأَنَّ الدَّارَ كُلَّهَا حِرْزٌ وَاحِدٌ فَلَا بُدَّ مِنَ الإِخْرَاجِ مِنْهَا، وَلِأَنَّ الدَّارَ وَمَا فِيهَا فِي يَدِ

قوله: وَإِنَّمَا الإِذْنُ يَخْتَصُّ بِالنَّهَارِ، إلَّا إذا كان بابه مغلقًا فحينئذٍ يقطع في النهار أيضًا، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: إن سرق ثوبًا من تحت رجل في الحمام يقطع، كما لو سرق من المسجد متاعًا وصاحبه عنده، وعنهما أنه لا يقطع، وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوىٰ لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزًا فلا يعتبَر الإحراز بالحافظ وقد اختلَّ الحرز بالمكان بالإذن في الدخول فلا يقطع، بخلاف المسجد لأنه لم يبن لإحراز الأمتعة والأموال فكان محرزًا بالحافظ كالصحراء.

قوله: وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً، أي مالاً فلم يخرجها من الدار لم يقطع، ولو كان مكان السرقة غصب فهلك في يده قال بعض مشايخنا لا يضمن، والصحيح أنه يضمن لأنَّ الدار كلها حرز واحد حتَّىٰ إذا أذن له في دخول الدار فسرق من البيت لا يقطع، وهذا إذا كانت

صَاحِبِهَا مَعْنًى فَتَتَمَكَّنُ شُبْهَةُ عَدَمِ الأَخْذِ فَإِنْ كَانَتْ دَارٌ فِيهَا مَقَاصِيرُ فَأَخْرَجَهَا مِنَ المَقْصُورَةِ إِلَىٰ صَحْنِ الدَّارِ قُطِعَ) لِأَنَّ كُلَّ مَقْصُورَةٍ بِاعْتِبَارِ سَاكِنِهَا حِرْزٌ عَلَىٰ حِدَةٍ (وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ مِنْ أَهْلِ المَقَاصِيرِ عَلَىٰ مَقْصُورَةٍ فَسَرَقَ مِنْهَا قُطِعَ) لِمَا بَيَّنَّا.

(وَإِذَا نَقَبَ اللِّصُّ البَيْتَ فَدَخَلَ وَأَخَذَ المَالَ وَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ البَيْتِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّ الأَوَّلَ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الإِخْرَاجُ لِاعْتِرَاضِ يَدٍ مُعْتَبَرَةٍ عَلَى المَالِ قَبْلَ خُرُوجِهِ، وَالثَّانِي لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ هَتْكُ الحِرْزِ فَلَمْ تَتِمَّ السَّرِقَةُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنْ

الدار صغيرةً بحيث لا يستغني أهل البيوت من الانتفاع بصحن الدار، وإن كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير أي حجر ومنازل وفي كل مقصورة سكان ويستغني أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار وإنَّما ينتفعون به انتفاع السكة فأخرجها من مقصورة إلىٰ صحن الدار قطع لأنَّ الإخراج عن الحرز قد وجد لأنَّ كل مقصورة حرزٌ علىٰ حدة، ألا ترىٰ أنَّ علىٰ باب كل مقصورةٍ غلقًا على حدةً ومال كل محرز بمقصورته.

قوله: وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ، في المغرب: وفي رواية محمد رحمه الله تعالى: وإن أعَان إنسانٌ من أهل المقاصير إنسانًا علىٰ متاع من يسكن مقصورةً أخرىٰ، فكأنه أصحُّ وإن كان الأول أكثر، وفي مختصر الكرخي رحمه الله تعالى: وكذلك إن أغار بعض أهل تلك المقاصير على مقصورة فسرق منها وخرج به منها إلى صحن الدار قطع، والمقصورة حجرة من حجر دارٍ واسعةٍ محصنة بالحيطان، والمراد بالإغارة الإسراع في الأخذ، من أغار الثعلب أو الفرس إغارةً وغارةً إذا أسرع في العدوِّ، ومنه كما يغير، ثم قيل للخيل

أَخْرَجَ الدَّاخِلُ يَدَهُ وَنَاوَلَهَا الخَارِجَ فَالْقَطْعُ عَلَى الدَّاخِلِ، وَإِنْ أَدْخَلَ الخَارِجُ يَدَهُ فَتَنَاوَلَهَا مِنْ يَدِ الدَّاخِلِ فَعَلَيْهِمَا القَطْعُ، وَهِيَ بِنَاءٌ عَلَىٰ مَسْأَلَةٍ تَأْتِي بَعْدَ هٰذَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَإِنِ أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَخَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ) وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الإِلْقَاءَ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلْقَطْعِ كَمَا لَوْ خَرَجَ وَلَمْ يَأْخُذْ، وَكَذَا الأَخْذُ مِنَ السِّكَّةِ كَمَا لَوْ أَخَذَهُ غَيْرُهُ، وَلَنَا أَنَّ الرَّمْيَ حِيلَةٌ يَعْتَادُهَا السُّرَّاقُ لِتَعَذُّرِ الخُرُوجِ مَعَ المَتَاعِ، أَوْ لِيَتَفَرَّغَ لِقِتَالِ صَاحِبِ الدَّارِ أَوْ لِلْفِرَارِ وَلَمْ تَعْتَرِضْ عَلَيْهِ يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ فَاعْتُبِرَ الكُلُّ فِعْلًا وَاحِدًا، فَإِذَا

المغيرة غارة، ومنه: وشنوا الغارة، أي وفرقوا الخيل، وأغار على العدوِّ وأخرجه من حياته بِهَجومه عليه.

قوله: وَهِيَ بِنَاءٌ عَلَىٰ مَسْأَلَةٍ تَأْتِي بَعْدَ هٰذَا، وهيَ: من نَقَبَ البيت وأدْخَلَ يده فيه وأخذ شيئًا يقطع عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، لأنه لا يشتَرطُ لهتك الحرز دخوله كما في الصندوق وشقِّ الجوالق، ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه لم يذكره محمد رحمه الله تعالىٰ، والصحيح أنه لا يقطع، قيل: ولو كان في الدار نَهر جار فرمىٰ بالمتاع في النهر ثمَّ خرج وأخذه إن خرج بقوَّة الماء لا يقطع لأنه لم يخرج، وإن خَرَج بتحريكه الماء قطع لأنه أخرج، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ، ولكن ذكر في المبسوط في إخراج الماء بقوَّة جريه: الأصحُّ أنه يلزمه القطع لأنَّ جري الماء به كان بسبب إلقائه في النهر فيصير الإخراج مضافًا إليه في هذا الوجه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنًا من دفع صاحب البيت فلا يجوز أن يجعل مسقطًا للحدِّ عنه.

قوله: وَلَمْ تَعْتَرِضْ عَلَيْهِ يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ، جوابٌ عن قوله: كَمَا لَوْ أَخَذَهُ غَيْرُهُ، فإنَّ هناك

خَرَجَ وَلَمْ يَأْخُذْهُ فَهُوَ مُضَيِّعٌ لَا سَارِقٌ.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ إنْ حَمَلَهُ عَلَىٰ حِمَارٍ فَسَاقَهُ وَأَخْرَجَهُ) لِأَنَّ سَيْرَهُ مُضَافٌ إلَيْهِ لِسَوْقِهِ (وَإِذَا دَخَلَ الحِرْزَ جَمَاعَةٌ فَتَوَلَّىٰ بَعْضُهُمُ الأَخْذَ قُطِعُوا جَمِيعًا) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: هٰذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ الحَامِلُ وَحْدَهُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ الإِخْرَاجَ وُجِدَ مِنْهُ فَتَمَّتِ السَّرِقَةُ بِهِ، وَلَنَا أَنَّ الإِخْرَاجَ مِنَ الكُلِّ مَعْنًى لِلْمُعَاوَنَةِ كَمَا فِي السَّرِقَةِ الكُبْرَىٰ، وَهٰذَا لِأَنَّ المُعْتَادَ فِيمَا بَيْنَهُمْ أَنْ يَحْمِلَ البَعْضُ المَتَاعَ وَيَتَشَمَّرَ البَاقُونَ لِلدَّفْعِ، فَلَوِ امْتَنَعَ القَطْعُ لَأَدَّىٰ إلَىٰ سَدِّ بَابِ الحَدِّ.

قَالَ: (وَمَنْ نَقَبَ البَيْتَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ وَأَخَذَ شَيْئًا لَمْ يُقْطَعْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الإِمْلَاءِ أَنَّهُ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ أَخْرَجَ المَالَ مِنَ

اعترض عليه يد معتبرة فأوجب سقوط اليد الحكمية للسارق ولم تسقط يده الحكمية هنا.

قوله: وَإِذَا دَخَلَ الحِرْزَ جَمَاعَةٌ، وإنَّما وضع المسئلة في دخولهم لأنَّهم اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع إن عرف نفسه وإن لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم، كذا في النهاية.

قوله: فَتَوَلَّىٰ بَعْضُهُمُ الأَخْذَ، وهو ممَّن يجب عليه القطع عند الانفراد بأن كان عاقلاً بالغًا، وأمَّا إذا كان الآخذ صبيًّا أو مجنونًا لا يقطع واحد منهم، وإن كان الآخذ عاقلاً بالغًا وفيهم صبيٌّ أو مجنون فلا قطع على واحد منهم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يجب القطع إلَّا على الصبي والمجنون.

الحِرْزِ وَهُوَ المَقْصُودُ فَلَا يُشْتَرَطُ الدُّخُولُ فِيهِ، كَمَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرَفِيِّ فَأَخْرَجَ الغِطْرِيفِيَّ، وَلَنَا أَنَّ هَتْكَ الحِرْزِ يُشْتَرَطُ فِيهِ الكَمَالُ تَحَرُّزًا عَنْ شُبْهَةِ العَدَمِ وَالْكَمَالِ فِي الدُّخُولِ، وَقَدْ أَمْكَنَ اعْتِبَارُهُ وَالدُّخُولُ هُوَ المُعْتَادُ، بِخِلَافِ الصُّنْدُوقِ لِأَنَّ المُمْكِنَ فِيهِ إِدْخَالُ اليَدِ دُونَ الدُّخُولِ، وَبِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ حَمْلِ البَعْضِ المَتَاعَ لِأَنَّ ذٰلِكَ هُوَ المُعْتَادُ.

قَالَ: (وَإِنْ طَرَّ صُرَّةً خَارِجَةً مِنَ الكُمِّ لَمْ يُقْطَعْ، وَإِنْ أَدْخَلَ يَدَهُ فِي الكُمِّ يُقْطَعُ) لِأَنَّ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ الرِّبَاطَ مِنْ خَارِجٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الأَخْذُ مِنَ الظَّاهِرِ فَلَا يُوجَدُ هَتْكُ الحِرْزِ، وَفِي الثَّانِي الرِّبَاطُ مِنْ دَاخِلٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الأَخْذُ مِنَ الحِرْزِ وَهُوَ الكُمُّ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الطَّرِّ حَلَّ الرِّبَاطِ، ثُمَّ الأَخْذُ فِي الوَجْهَيْنِ ....

قوله: فَأَخْرَجَ الغِطْرِيفِيَّ، الغطريفي هو الدرهم المنسوب إلىٰ غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيَّام الرشيد، والدراهم الغطريفية كانت من أعزِّ النقود ببخارا.

قوله: وَإِنْ طَرَّ صُرَّةً، الطرار الذي يطرُّ الهميان أي يشقُّها ويقطعها، والصرَّة وعاء الدراهم، يقال صررتُ الصرَّة أي شددتُها، والمراد بالصرَّة هنا نفس الكمِّ المشدود فيه الدارهم، وفي قوله: وَإِنْ طَرَّ صُرَّةً خَارِجَةً مِنَ الكُمِّ لَمْ يُقْطَعْ، دليلٌ علىٰ أنَّ المذكور في أصول الفقه بأنَّ الطرار يقطع ليس بمجرى علىٰ عمومه، بل هو محمول على ما إذا أدخل يده في الكمِّ فطرَّها، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه يقطع على كل حال.

قوله: فَلَا يُوجَدُ هَتْكُ الحِرْزِ، وهو إدخال اليد في الكمِّ وإخراج الدراهم منه.

يَنْعَكِسُ الجَوَابُ لِانْعِكَاسِ العِلَّةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُقْطَعُ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ إِمَّا بِالْكُمِّ أَوْ بِصَاحِبِهِ، قُلْنَا: الحِرْزُ هُوَ الكُمُّ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُهُ، وَإِنَّمَا قَصْدُهُ قَطْعُ المَسَافَةِ أَوِ الِاسْتِرَاحَةِ فَأَشْبَهَ الجُوَالِقَ (وَإِنْ سَرَقَ مِنَ القِطَارِ بَعِيرًا أَوْ حِمْلًا لَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ

قوله: يَنْعَكِسُ الجَوَابُ، يعني فيما إذا كان حل الرباط خارج الكمِّ يجبُ القطع لأنه لمَّا حلَّ الرباط الذي كان خارج الكمِّ وقعت الدراهم في الكمِّ فاحتاج في أخذ الدراهم إلىٰ إدخال اليد في الكمِّ، فلمَّا أخرج الدراهم من الكمِّ فقد هتك الحرز، بخلاف ما إذا كان حل الرباط في داخل الكمِّ فإنه لا يقطع لأنه لمَّا حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكمِّ ظاهرةً محلولةً فكان الأخذ أخذ الدراهم من خارج الكمِّ فلا يقطع لأنه لم يهتك الحرز في أخذ المال، لأنه وإن أدخل اليد في الكمِّ إنَّما أدخلها لحلِّ الرباط لا لأخذ المال من الكمِّ، فكان هذا نظير من دخل البيت ونقبه ثم خرج وأدخل يده وأخذ شيئًا، وهناك لا يجب القطع فكذلك ههنا.

قوله: لِانْعِكَاسِ العِلَّةِ، فإنَّ الرباط إذا كان خارج الكمِّ ففي صورة الطرِّ لا يقطع لأنه يأخذ الدراهم من خارج الكمِّ، وفي صورة حلِّ الرباط يقطع لأنه يأخذ الدراهم من داخل الكمِّ، وأمَّا إذا كان الرباط داخل الكمِّ ففي صورة الطرِّ يقطع لأنه يأخذ الدراهم من داخل الكمِّ، وفي صورة حل الرباط لا يقطع لأنه يأخذ الدراهم من خارج الكمِّ على ما ذكرنا.

قوله: وَإِنَّمَا قَصْدُهُ قَطْعُ المَسَافَةِ، أي في حالة المشي أو الاستِراحة أي في غير حالة المشي فلم يكن من قصده الحفظ فيكون المال محرزًا بالكمِّ لا بصاحبه، فإذا قطع الكمَّ وأخذ المال من خارج الكمِّ لا تقطع لأنَّ هذا سرقة الحرز والقطع إنَّما يجب بسرقة المحرز من الحرز فأشْبَه الجوالقَ حيث يجب القطع بشقِّه وأخذ المال منه ولا يجب منه

بِمُحَرَّزٍ مَقْصُودًا فَتَتَمَكَّنُ شُبْهَةُ العَدَمِ، وَهٰذَا لِأَنَّ السَّائِقَ وَالْقَائِدَ وَالرَّاكِبَ يَقْصِدُونَ قَطْعَ المَسَافَةِ وَنَقْلَ الأَمْتِعَةِ دُونَ الحِفْظِ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ مَعَ الأَحْمَالِ مَنْ يَتْبَعُهَا لِلْحِفْظِ قَالُوا يُقْطَعُ (وَإِنْ شَقَّ الحِمْلَ وَأَخَذَ مِنْهُ قُطِعَ) لِأَنَّ الجُوَالِقَ فِي مِثْلِ هٰذَا حِرْزٌ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِوَضْعِ الأَمْتِعَةِ فِيهِ صِيَانَتَهَا كَالْكُمِّ فَوُجِدَ الأَخْذُ مِنَ الحِرْزِ فَيُقْطَعُ (وَإِنْ سَرَقَ جُوَالِقًا فِيهِ مَتَاعٌ وَصَاحِبُهُ يَحْفَظُهُ أَوْ نَائِمٌ عَلَيْهِ قُطِعَ) وَمَعْنَاهُ إِنْ كَانَ الجُوَالِقُ فِي مَوْضِعٍ هُوَ لَيْسَ بِحِرْزٍ كَالطَّرِيقِ وَنَحْوِهِ حَتَّىٰ يَكُونَ مُحَرَّزًا بِصَاحِبِهِ لِكَوْنِهِ مُتَرَصِّدًا لِحِفْظِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ الحِفْظُ المُعْتَادُ وَالْجُلُوسُ عِنْدَهُ وَالنَّوْمُ عَلَيْهِ يُعَدُّ حِفْظًا عَادَةً وَكَذَا

بسرقة الجوالق إذا لم يكن له حافظ القطار الإبل تقطر على نسقٍ واحدٍ، والجمع قطر من قطر الماء صبَّه تقطيرًا وقطرةً، مثل قطره وأقطره لغة وقطر بنفسه سال قطرًا وقطرانًا.

قوله: لِأَنَّ الجُوَالِقَ فِي مِثْلِ هٰذَا حِرْزٌ، يعني فيما إذا كان للسارق خوف هجوم صاحبه، وذكر فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ في جامعه: إنَّما يعتبَرُ الجوالق إحرازًا إذا خيف هجوم صاحبه فكان الجوالق حرزًا ولا يكون محرزًا لأنَّ المحرز إمَّا بالحافظ أو بالمكان والجوالق ليس بمحرز بالمكان ولا بالحافظ قصدًا فلا يجب القطع بسرقته، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع في حريسة الجبل» وهي شاةٌ تتحرَّسُ في الجبل للرعي لا يجب القطع وإن كان الراعي حاضرًا لأنَّ الراعي يقصد الرعي لا الحفظ فكان الحفظ تبعًا والتبع له شبهة عدم الحفظ، وكذا مقصود القائد والسائق السوق والقود فيتمكن النقصان في الحفظ فلا يجب القطع.

النَّوْمُ بِقُرْبٍ مِنْهُ عَلَىٰ مَا اخْتَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، وَصَاحِبُهُ نَائِمٌ عَلَيْهِ أَوْ حَيْثُ يَكُونُ حَافِظًا لَهُ، وَهٰذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنَ القَوْلِ المُخْتَارِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: أَوْ حَيْثُ يَكُونُ حَافِظًا لَهُ، وَهٰذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنَ القَوْلِ المُخْتَارِ، وهو إشارة إلىٰ قوله: ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظًا أو نائمًا والمتاعُ تحته أو عنده هو الصحيح، والله أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّـةِ القَطْعِ وَإِثْبَاتِهِ

قَالَ: (وَيُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ وَيُحْسَمُ) فَالْقَطْعُ لِمَا تَلَوْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَالْيَمِينُ بِقِرَاءَةِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَمِنَ الزَّنْدِ لِأَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُ اليَدَ إِلَى الإِبِطِ، وَهٰذَا المَفْصِلُ: أَعْنِي الرُّسْغَ مُتَيَقَّنٌ بِهِ، كَيْفَ وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَمَرَ بِقَطْعِ يَدِ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ، وَالْحَسْمُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فَاقْطَعُوهُ

فصل في كيفية القطع وإثباته

قوله: مِنَ الزَّنْدِ، والزند مفصل طرف الذراع في الكفِّ، وقال الخوارج: يقطع يمين السارق من المنكب لأنَّ اليد اسم للجارحة من رؤوس الأصابع إلى الآباط، وقال بعض الناس: المستحق قطع الأصابع فقط لأنَّ بطشه كان بالأصابع فيقطع أصابعه لزوال تمكنه من البطش بِها، قلنا: هذا مخالف للنصِّ فالنبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ، ولأن هذا القدر متيقن به، وفي العقوبات إنما يؤخذ بالمتيقن به.

قوله: وَالْيَمِينُ بِقِرَاءَةِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فاقطعوا أيمانَهما، وقراءته لا تكون دون روايته وروايته إذا صارت مشهورةً تزاد على الكتاب فكذلك قراءته فيصير كأنه قال: فاقطعوا أيمانَهما من الأيدي، فلا يتناول الرجل ولا اليد اليسرىٰ وكان يقرأ سماعًا فصار كالخبَر المشهور فيقيد إطلاق الكتاب به لورودهما في الحكم الواحد، والدليل عليه أنه في المرَّة الثانية تقطع يده اليسرىٰ ومع بقاء المنصوص لا يجوز العدول عنه إلى غيره ولو كان النصُّ متناولاً لليد اليسرىٰ لم يجز ترك قطع اليد مع بقاء اليد والأيدي وإن كانت

وَاحْسِمُوهُ» وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْسَمْ يُفْضِي إِلَى التَّلَفِ وَالْحَدُّ زَاجِرٌ لَا مُتْلِفٌ.

(فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَىٰ، فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا لَمْ يُقْطَعْ وَخُلِّدَ فِي السِّجْنِ حَتَّىٰ يَتُوبَ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ وَيُعَزَّرُ أَيْضًا، ذَكَرَهُ الْمَشَايِخُ - رَحِمَهُمُ اللهُ -، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: فِي الثَّالِثَةِ تُقْطَعُ يَدُهُ الْيُسْرَىٰ، وَفِي الرَّابِعَةِ تُقْطَعُ رِجْلُهُ الْيُمْنَىٰ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ» وَيُرْوَىٰ مُفَسَّرًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَلِأَنَّ الثَّالِثَةَ مِثْلُ الأُولَىٰ فِي كَوْنِهَا جِنَايَةً بَلْ فَوْقَهَا فَتَكُونُ أَدْعَىٰ إِلَىٰ شَرْعِ الحَدِّ، وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِيهِ: إِنِّي لَأَسْتَحِي مِنَ اللهِ تَعَالَىٰ أَنْ لَا أَدَعَ لَهُ يَدًا يَأْكُلُ بِهَا وَيَسْتَنْجِي بِهَا

بلفظ الجمع فالأصل أنَّ ما توجد من خلق الإنسان يذكر تثنيته بعبارة الجمع، قال الله تعالى: ﴿فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحريم: ٤] ولأنَّ الجمع المضاف إلىٰ جماعة يتناول الفرد من كل واحد يقال: ركب القوم دوابَهم، فيصير معنى الآية والله أعلم: فاقطعوا يدًا من كل سارقٍ وسارقةٍ، وقطع الرجل اليسرىٰ إنَّما ثبتت بالإجماع.

قوله: وَخُلِّدَ فِي السِّجْنِ حَتَّىٰ يَتُوبَ، والمدَّةُ التي تظهر فيها التوبة مفوَّضٌ إلىٰ رأي الإمام، وقال بعضهم: يحبس سنةً، وقال بعضهم: حتى يموت، وقيل: علامة توبته أن يظهر سيماء الصالحين في وجهه.

قوله: وَيُرْوَىٰ مُفَسَّرًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من سرق قطعت يده اليمنىٰ، فإن عاد وسَرق قطعت رجله اليسرى، فإن عاد وسرق قطعت يده اليسرىٰ، فإن عاد وسرق قطعت رجله اليمنىٰ».

وَرِجْلًا يَمْشِي عَلَيْهَا، وَبِهٰذَا حَاجَّ بَقِيَّةَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فَحَجَّهُمْ فَانْعَقَدَ إِجْمَاعًا، وَلِأَنَّهُ إِهْلَاكٌ مَعْنًى لِمَا فِيهِ مِنْ تَفْوِيتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَالْحَدُّ زَاجِرٌ، وَلِأَنَّهُ نَادِرُ الْوُجُودِ وَالزَّجْرُ فِيمَا يَغْلِبُ وُقُوعُهُ بِخِلَافِ القِصَاصِ لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ فَيُسْتَوْفَىٰ مَا أَمْكَنَ جَبْرًا لِحَقِّهِ، وَالْحَدِيثُ طَعَنَ فِيهِ الطَّحَاوِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَوْ نَحْمِلُهُ عَلَى السِّيَاسَةِ. (وَإِذَا كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ اليَدِ اليُسْرَىٰ أَوْ أَقْطَعَ أَوْ مَقْطُوعَ الرِّجْلِ اليُمْنَىٰ لَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَ جِنْسِ المَنْفَعَةِ بَطْشًا أَوْ مَشْيًا، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ رِجْلُهُ اليُمْنَىٰ شَلَّاءَ لِمَا قُلْنَا (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ إِبْهَامُهُ اليُسْرَىٰ مَقْطُوعَةً أَوْ

قوله: فَحَجَّهُمْ، أي غلبهم بالحجة فانعقد إجماعًا ولم يحتجَّ عليه أحدٌ بالنصِّ في الباب فبانَ أنه لا نصَّ فيه إذ لو ثبت لبلغهم ولو بلغهم لاحتجُّوا، فإن قيل: أليسَ أنَّ اليسرىٰ محل بظاهر الكتاب والإجماع علىٰ خلاف الكتاب، قلنا: لمَّا قيَّدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليد اليسرىٰ عن أن تكون مرادةً، كمن قال لآخر: أعتق عبدًا من عبيدي، ثم قال عنيتُ به سالمًا، ولأنَّ الأمرَ بالفعل لا يقتضي التكرار، ولأنَّ السارق اسم فاعل فيدلُّ على المصدر لغةً وهو اسم جنس فيتناول الأدنىٰ إذ كلُّ السرقات لم ترد إجماعًا وبفعلٍ واحدٍ لا تقطع إلَّا يدٌ واحدةٌ وقد تعيَّنت اليمنى إجماعًا فخرجت اليسرىٰ عن الإرادة.

قوله: وَالْحَدِيثُ طَعَنَ فِيهِ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ، فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيءٍ منها أصلاً، أشار بِها إلىٰ ما رواه الشافعي رحمه الله تعالىٰ من الأحاديث في تصحيح دعواه هذه، أو يحمل على السياسة، أو على الانتساخ لأنه يحتمل أنه كان هذا في الابتداء فقد كان في الحدود تغليظٌ في الابتداء، ألا ترىٰ أنه قطع الأيدي والأرجُل من العُرَنيين وسمل أعْيُنهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحدِّ، كذا في المبسوط.

شَلَّاءَ أَوِ الأُصْبُعَانِ مِنْهَا سِوَى الإِبْهَامِ) لِأَنَّ قِوَامَ البَطْشِ بِالْإِبْهَامِ (فَإِنْ كَانَتْ أُصْبُعٌ وَاحِدَةٌ سِوَى الإِبْهَامِ مَقْطُوعَةً أَوْ شَلَّاءَ قُطِعَ) لِأَنَّ فَوَاتَ الوَاحِدَةِ لَا يُوجِبُ خَلَلًا ظَاهِرًا فِي البَطْشِ، بِخِلَافِ فَوَاتِ الأُصْبُعَيْنِ لِأَنَّهُمَا يَتَنَزَّلَانِ مَنْزِلَةَ الإِبْهَامِ فِي نُقْصَانِ البَطْشِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ الحَاكِمُ لِلْحَدَّادِ اقْطَعْ يَمِينَ هٰذَا فِي سَرِقَةٍ سَرَقَهَا فَقَطَعَ يَسَارَهُ عَمْدًا أَوْ خَطأً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ -، وَقَالَا لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الخَطَأِ وَيَضْمَنُ فِي العَمْدِ) وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَضْمَنُ فِي الخَطَأِ أَيْضًا وَهُوَ القِيَاسُ، وَالْمُرَادُ بِالْخَطَأِ هُوَ الخَطأُ فِي الاِجْتِهَادِ، وَأَمَّا الخَطأُ فِي مَعْرِفَةِ اليَمِينِ وَالْيَسَارِ لَا يُجْعَلُ عَفْوًا، وَقِيلَ يُجْعَلُ عُذْرًا أَيْضًا، لَهُ أَنَّهُ قَطَعَ يَدًا مَعْصُومَةً وَالْخَطأُ فِي حَقِّ العِبَادِ غَيْرُ مَوْضُوعٍ فَيَضْمَنَا، قُلْنَا إِنَّهُ أَخْطَأَ فِي اجْتِهَادِهِ، إِذْ لَيْسَ فِي النَّصِّ تَعْيِينُ

قوله: لِلْحَدَّادِ، الحدَّاد الذي يقيمُ الحدَّ فعَّالٌ منه كالجلَّاد من الجلد، كذا في المغرب.

قوله: وَإِذَا قَالَ الحَاكِمُ لِلْحَدَّادِ اقْطَعْ يَمِينَ هٰذَا، إنما قيَّد بقوله: يمين هذا، لأنه إذا قال اقطع يده مطلقًا فقطع الحداد يده اليسرىٰ فلا ضَمَانَ عليه بالاتفاق لأنه أمْرٌ بقطع اليد واليسرىٰ يدٌ فلا ضمانَ عليه، كذا في شرح الطحاوي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالْمُرَادُ بِالْخَطَأِ هُوَ الخَطأُ فِي الاِجْتِهَادِ، أي اجتهد في جواز قطع اليسار نظرًا إلى إطلاق النصِّ، أمَّا الخطأ في معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفوًا لأنَّ الجهل في موضع الإشتهار ليس بعُذْرٍ وهذا موضع إشتهار لأنَّ كل واحد يميِّز بين اليمين واليسار.

الْيَمِينِ، وَالْخَطَأُ فِي الِاجْتِهَادِ مَوْضُوعٌ، وَلَهُمَا أَنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا مَعْصُومًا بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا تَأْوِيلٍ لِأَنَّهُ تَعَمَّدَ الظُّلْمَ فَلَا يُعْفَىٰ وَإِنْ كَانَ فِي الْمُجْتَهَدَاتِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ لِلشُّبْهَةِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ أَتْلَفَ وَأَخْلَفَ مِنْ جِنْسِهِ مَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ فَلَا يُعَدُّ إِتْلَافًا كَمَنْ شَهِدَ عَلَىٰ غَيْرِهِ بِبَيْعِ مَالِهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ ثُمَّ رَجَعَ، وَعَلَىٰ هٰذَا لَوْ قَطَعَهُ غَيْرُ الْحَدَّادِ لَا يَضْمَنُ أَيْضًا هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ

قوله: وَالْخَطَأُ فِي الِاجْتِهَادِ مَوْضُوعٌ، بدليل قوله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾ [الحشر: ٥] أثبت الإذن فيهما مع أنَّ الحقَّ عند الله أحدهما.

قوله: وَإِنْ كَانَ فِي الْمُجْتَهَدَاتِ، أي وإن كان للاجتهاد فيه مجالٌ تمسُّكًا بإطلاق النصِّ وظاهره، إذ ليسَ فيه ذكر اليمين لأنَّ المجتهد لا يعذر في عمد الظلم كالقاضي إذا تعمَّد الجورَ في حادثةٍ.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ أَتْلَفَ وَأَخْلَفَ، فإن قيل: اليمنىٰ لم تحصل له بسبب القطع بل كانت حاصلة له من قبل، قلنا: اليمنىٰ من حيث الاعتبار حصلت له بقطع اليسرىٰ لأنَّها لمَّا صارت علىٰ شرف الزوال فهي كالفائتة من حيث الاعتبار، فإن قيل: لو قطع رجله اليمنىٰ يضمن وقد أَتْلَفَ وأَخْلَفَ عوضًا وهو اليد اليمنىٰ، قلنا: لا روايةَ فيه فيمنع، ولئن سلم فالتألُّف ليس من جنس الباقي، وعلىٰ هذه النكتة لو قطع غير الحداد لا يضمن.

قوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احتِراز عما ذكر في شرح الطحاوي: هذا كله إذا قطع الجلاد

يَسَارَهُ وَقَالَ هٰذِهِ يَمِينِي لَا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ قَطَعَهُ بِأَمْرِهِ، ثُمَّ فِي العَمْدِ عِنْدَهُ عَلَيْهِ ضَمَانُ المَالِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ حَدًّا، وَفِي الخَطَإِ كَذٰلِكَ عَلَىٰ هٰذِهِ الطَّرِيقَةِ، وَعَلَىٰ طَرِيقَةِ الِاجْتِهَادِ لَا يَضْمَنُ.

(وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ المَسْرُوقُ مِنْهُ فَيُطَالِبُ بِالسَّرِقَةِ) لِأَنَّ

بأمر السلطان، ولو قطع غيره يده اليسرىٰ فإنَّ في العمد القصاص وفي الخطأ الديةُ.

قوله: لِأَنَّهُ قَطَعَهُ بِأَمْرِهِ، ألا ترىٰ أنَّ من قطع يد غيره بإذنه من غير أن يكون قطعه مستحقًّا بالسرقة لا يضمن لأنَّ البذل في الأطراف يسقط ضمانها فهنا أوْلىٰ.

قوله: ثُمَّ فِي العَمْدِ عِنْدَهُ عَلَيْهِ ضَمَانُ المَالِ، أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وإنَّما خصَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالى بالذكر وإن وجب الضمان بالاتفاق لأنَّ شبهة عدم وجوب الضمان على السارق إنَّما يرد علىٰ مذهبه لأنه يقول بعدم وجوب ضمان اليد على الحدَّاد فيظنُّ أنَّ القطع وقع حدًّا عنده فلا يضمن السارق استدلالاً بعدم وجوب ضمان الحدَّاد فخصَّه دفعًا لهذا الوهم.

قوله: وَفِي الخَطَإِ كَذٰلِكَ - أي يجب ضمان المال على السارق - عَلَىٰ هٰذِهِ الطَّرِيقَةِ، أي على طريقة أنَّ القطع لم يقع حدًّا وعدم الضمان على الحداد لأنه أتْلَفَ وأخْلَفَ ما هو خير منه من جنسه لأنَّ سقوط الضمان في ضمن وجود القطع حدًّا، وَعَلَىٰ طَرِيقَةِ الِاجْتِهَادِ لَا يَضْمَنُ، لأنَّ ذلك وقع موقع الحدِّ، وعلىٰ طريقتهما وهو أنَّ الضمان بطل بطريقة الاجتهاد لا يضمن لوقوعه موقع الحدِّ.

قوله: إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ المَسْرُوقُ مِنْهُ، ولم يقل: إلَّا أن يحضر المالك، لأنَّ السارق عندنا يقطع بخصومة المستودع والمستعير.

الخُصُومَةَ شَرْطٌ لِظُهُورِهَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي الإِقْرَارِ، لِأَنَّ الجِنَايَةَ عَلَىٰ مَالِ الغَيْرِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا بِخُصُومَتِهِ، وَكَذَا إِذَا غَابَ عِنْدَ القَطْعِ عِنْدَنَا، لِأَنَّ الاِسْتِيفَاءَ مِنَ القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ.

(وَلِلْمُسْتَوْدَعِ وَالْغَاصِبِ وَصَاحِبِ الرِّبَا أَنْ يَقْطَعُوا السَّارِقَ مِنْهُمْ) وَلِرَبِّ الوَدِيعَةِ أَنْ يَقْطَعَهُ أَيْضًا، وَكَذَا المَغْصُوبُ مِنْهُ، وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الغَاصِبِ وَالْمُسْتَوْدَعِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ المُسْتَعِيرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ وَالْمُضَارِبُ وَالْمُسْتَبْضِعُ وَالْقَابِضُ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ وَالْمُرْتَهِنُ وَكُلُّ مَنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ سِوَى المَالِكِ، وَيُقْطَعُ بِخُصُومَةِ المَالِكِ فِي السَّرِقَةِ مِنْ هٰؤُلَاءِ إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ

قوله: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ عِنْدَنَا، أي يشترط حضور المسروق منه ومطالبته بالسرقة في الشهادة والإقرار، خلافًا لابن أبي ليلىٰ فيهما لأنَّ القطع خالصُ حقِّ الله تعالى فتقبل الشهادة عليها حسبةً كالزنا، وللشافعي رحمه الله تعالى في الإقرار لأنَّ الشهادة تبتني على الدعوى في المال، بخلاف الإقرار.

قوله: وَصَاحِبِ الرِّبَا، قال في المحيط: يحتمل أنه أراد رجلاً باع عشرة دراهم بعشرين درهمًا وقبض العشرين وجاء سارق وسرق العشرين منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة لأنَّ هذا المال في يده بمنزلة المغصوب.

قوله: وَكُلُّ مَنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ، كمتولِّي الوقف والأب والوصيِّ.

قوله: إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ، الأصح من النسخ قوله: إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ

حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْمُطَالَبَةِ بِالْعَيْنِ بِدُونِهِ، وَالشَّافِعِيُّ بَنَاهُ عَلَىٰ أَصْلِهِ أَنْ لَا خُصُومَةَ لِهٰؤُلَاءِ فِي الِاسْتِرْدَادِ عِنْدَهُ، وَزُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: وِلَايَةُ الْخُصُومَةِ فِي حَقِّ الِاسْتِرْدَادِ ضَرُورَةُ الحِفْظِ فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ القَطْعِ لِأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَ الصِّيَانَةِ، وَلَنَا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ فِي نَفْسِهَا، وَقَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ القَاضِي بِحُجَّةٍ

إنَّمَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ، أي حال قيام المرهون في يد السارق، ذكر في المحيط: إذا سرق الرهن من المرتَهن فللمرتَهن أن يقطعه، وليس للراهن أن يقطعه لأنه لا سبيل له على أخذ الرهن، وإن قضى الراهنُ الدينَ فله أن يقطعه لأنَّ له أن يأخذه.

قوله: لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْمُطَالَبَةِ بِالْعَيْنِ بِدُونِهِ، أي بدون قضاء الدين، هذا على أصحِّ النسخ، وفي بعض النسخ: حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده لأنه لا حقَّ له في المطالبة بالعين بدونه، أي بدون قيام الرهن لأنَّ بالهلاك صار قاضيًا دينه فلم يبق له حقٌّ فيه، وهذه الرواية ليست بصحيحة لأنَّ السارق إنما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاستِرداد وليس للراهن ولاية الاستِرداد قبل قضاء الدين، والشافعي رحمه الله تعالى بناه على أصله إذ لا خصومة لهؤلاء عنده في الاستِرداد لأنَّ المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة، ألا ترىٰ أنَّهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم إبقاءً لليد فلأَن لا يملكوا الخصومةَ في الدعوى منهم إعادةً لليد أوْلىٰ، وزُفر رحمه الله يقول: كان لهم ولاية الخصومة ضرورة استِرداد المال للحفظ فيظهر في حقِّ الاستِرداد ولا يظهر في حقِّ القطع، وَلَنَا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ فِي نَفْسِهَا، وَقَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ القَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعْتَبَرَةٍ مُطْلَقًا.

شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعْتَبَرَةٍ مُطْلَقًا إِذِ الِاعْتِبَارُ لِحَاجَتِهِمْ إِلَى الِاسْتِرْدَادِ فَيَسْتَوْفِي القَطْعَ، وَالْمَقْصُودُ مِنَ الخُصُومَةِ إِحْيَاءُ حَقِّهِ وَسُقُوطُ العِصْمَةِ ضَرُورَةُ الِاسْتِيفَاءِ فَلَمْ يُعْتَبَرْ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِشُبْهَةٍ مَوْهُومَةِ الِاعْتِرَاضِ كَمَا إِذَا حَضَرَ المَالِكُ وَغَابَ المُؤْتَمَنُ

قوله: مُطْلَقًا، ردٌّ لقول زفر رحمه الله تعالىٰ أنَّ ولاية الخصومة في حق الاستِرداد ضرورة الحفظ لأنَّهم إنَّما يملكون الخصومة بحكم النيابة فيما فيه صيانة المال لا فيما فيه تفويت الصيانة، ولو أظهرنا ولاية الخصومة في حقِّ استيفاء القطع لأظْهَرنا فيما فيه سقوط الصيانة لأنه يسقط عصمة المال عندنا ضرورة استيفاء القطع، قلنا: خصومتهم واقعة لأنفسهم لأنَّ كل واحد منهم يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير لأنَّ لهم ولاية الحفظ وذا لا يتأتَّىٰ إلَّا بإعادة اليد، ولأنَّ اليد مقصودة كالملك وقد أزيلت فلهم حق الإعادة لأنَّ صاحب اليد إن كان أمينًا فلا يتمكن من أداء الأمانة إلَّا بيده، وإن كان ضمينًا فلا يتمكَّن من إسقاط الضمان من نفسه إلَّا بيده فكانت الخصومة له لا لغيره، ومن هذا خرج الجواب عن إشكال يورد هنا وهو أنَّ الوكيل بالخصومه في السرقة إذا أقامَ البينة بالسرقة عند القاضي لا يقطع وإن ظهرت السرقة عند القاضي بحجةٍ شرعيةٍ بخصومة من هو قائمٌ مقام المالك ويقطع بخصومة هؤلاء، لِمَا ذُكِر أنَّ كل واحد من هؤلاء يخاصم لإعادة اليد الثابتة له، ألا ترىٰ أنه يستغنى عن إضافة الخصومة، فإن قيل: القطع عقوبة تسقط بالشبهة فلا تثبت بخصومة المودع كالقصاص، قلنا: القطع واجبٌ حقًّا لله تعالىٰ إجماعًا، وإنَّما شرطت الخصومة لبيان أنَّ المال ليس للسارق ولكن لغيره ونحو المودع يملك هذه الخصومة لما بينا فيقطع لثبوت شرطه بخلاف القصاص لأنه حقُّ العبد والمودع قام مقام المودع ليعيد يده التي كانت حقًّا له في الوديعة وليس في استيفاء القود إعادة اليد على الوديعة بل تصرُّفٌ آخر وهو الإتلاف فلم يثبت.

فَإِنَّهُ يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَإِنْ كَانَتْ شُبْهَةُ الإِذْنِ فِي دُخُولِ الحِرْزِ ثَابِتَةً.

(وَإِنْ قُطِعَ سَارِقٌ بِسَرِقَةٍ فَسُرِقَتْ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَا لِرَبِّ السَّرِقَةِ أَنْ يَقْطَعَ السَّارِقَ الثَّانِي) لِأَنَّ المَالَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّ السَّارِقِ حَتَّىٰ لَا يَجِبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ بِالْهَلَاكِ فَلَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا، وَلِلْأَوَّلِ وِلَايَةُ الخُصُومَةِ فِي الِاسْتِرْدَادِ فِي رِوَايَةٍ لِحَاجَتِهِ إِذِ الرَّدُّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ (وَلَوْ سَرَقَ الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يُقْطَعَ الأَوَّلُ أَوْ بَعْدَ مَا دُرِئَ الحَدُّ بِشُبْهَةٍ يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الأَوَّلِ) لِأَنَّ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ ضَرُورَةُ القَطْعِ وَلَمْ يُوجَدْ فَصَارَ كَالْغَاصِبِ.

(وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَرَدَّهَا عَلَى المَالِكِ قَبْلَ الِارْتِفَاعِ إِلَى الحَاكِمِ لَمْ يُقْطَعْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُقْطَعُ اعْتِبَارًا بِمَا إِذَا رَدَّهُ بَعْدَ المُرَافَعَةِ،

قوله: فَإِنَّهُ يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وإنَّما قيَّد بظاهر الرواية احترازًا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالىٰ فإنه قال: ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المودع، هكذا ذكره في المنتقىٰ، لأنَّ السارق لم يسرق من المالك وإنَّما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ شُبْهَةُ الإِذْنِ فِي دُخُولِ الحِرْزِ ثَابِتَةً، كما لو حضر المودع وقال: إنه كان ضيفًا عندي، وهذا لأنَّ المؤثر شبهةٌ يتوهَّمُ وجودها في الحال، وأمَّا ما يتوهم اعتِراضها لا يعتبَر، ألا ترىٰ أنَّ القطع يستوفى بالإقرار وإن كان يتوهم اعتِراض الرجوع.

وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ لِظُهُورِ السَّرِقَةِ، لِأَنَّ البَيِّنَةَ إِنَّمَا جُعِلَتْ حُجَّةً ضَرُورَةِ قَطْعِ المُنَازَعَةِ وَقَدِ انْقَطَعَتِ الخُصُومَةُ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ المُرَافَعَةِ لِانْتِهَاءِ الخُصُومَةِ لِحُصُولِ مَقْصُودِهَا فَتَبْقَىٰ تَقْدِيرًا.

(وَإِذَا قُضِيَ عَلَىٰ رَجُلٍ بِالْقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ فَوُهِبَتْ لَهُ لَمْ يُقْطَعْ) مَعْنَاهُ إِذَا سُلِّمَتْ إِلَيْهِ (وَكَذٰلِكَ إِذَا بَاعَهَا المَالِكُ إِيَّاهُ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ

قوله: أَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ لِظُهُورِ السَّرِقَةِ، أي بالبينة.

قوله: لِانْتِهَاءِ الخُصُومَةِ لِحُصُولِ مَقْصُودِهَا، المقصود من الخصومة استرداد المال وظهور حقِّ الله تعالىٰ عند القاضي وقد حصل حيث أقام البينة عند القاضي فيكون منتهيًا، والشيء بانتهائه يتقرَّر، والرد قبل المرافعة قاطع للخصومة لا منه والخصومة شرط ولم يبق لأنه لا قضاء إلَّا بعد ثبوت السرقة، ولا ثبوت إلا بالشهادة لعدم الإقرار، ولا شهادة بلا دعوى، ولا دعوى بعد ما وصل المسروق إلى المسروق منه، وإنما يدعي القطع وهو أجنبي عنه ولا قطع بدعوى الأجنبي فكذا بدعواه، ولو ردَّه علىٰ ولده أو ذي رحمه إن لم يكن في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول إليه حقيقةً وحكمًا، ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع إلىٰ هؤلاء، وإن كان في عياله لا يقطع لأنَّ يد من في عياله كيده حكمًا، ولهذا لا يضمن المستعير والمودع بالدفع إليه، والوكيل بقبض الدين إذا وكل من في عياله يبرأ المديون بقبضه، وكذا لو ردَّ على امرأته أو عبده أو أجيره مشاهرةً أو مسانَهةً، ولو دفع إلىٰ والده أو جدِّه أو والدته أو جدَّته وليسوا في عياله لا يقطع لأنَّ لِهٰؤلاء شبهة الملك بالنصِّ فثبتت شبهة الردِّ وشبهة الردِّ كالردِّ، ولو دفع إلىٰ عيال هؤلاء يقطع لأنه شبهة الشبهة، ولو دفع إلىٰ مكاتبه لا يقطع لأنه عبده، ولو سرق من مكاتبٍ وردَّه علىٰ سيِّده لا يقطع لأنَّ مال المكاتب للمولىٰ رقبة، ومن سرق من العيال وردَّ إلىٰ من يعولهم

رَحِمَهُمَا اللهُ: يُقْطَعُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتِ انْعِقَادًا وَظُهُورًا، وَبِهٰذَا العَارِضِ لَمْ يَتَبَيَّنْ قِيَامُ المِلْكِ وَقْتَ السَّرِقَةِ فَلَا شُبْهَةَ، وَلَنَا أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ فِي هٰذَا البَابِ لِوُقُوعِ الِاسْتِغْنَاءِ عَنْهُ بِالِاسْتِيفَاءِ، إِذِ القَضَاءُ لِلْإِظْهَارِ وَالْقَطْعُ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ وَهُوَ ظَاهِرٌ عِنْدَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ يُشْتَرَطُ قِيَامُ الخُصُومَةِ عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهَا مِنْهُ قَبْلَ القَضَاءِ.

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا نَقَصَتْ قِيمَتُهَا مِنَ النِّصَابِ) يَعْنِي قَبْلَ الِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ القَضَاءِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُقْطَعُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ اعْتِبَارًا بِالنُّقْصَانِ فِي العَيْنِ، وَلَنَا أَنَّ كَمَالَ النِّصَابِ لَمَّا كَانَ شَرْطًا يُشْتَرَطُ قِيَامُهُ عِنْدَ الإِمْضَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ النُّقْصَانِ فِي العَيْنِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَكَمُلَ النِّصَابُ عَيْنًا وَدَيْنًا، كَمَا إِذَا اُسْتُهْلِكَ

لا يقطع لأنَّ يده عليهم فوق أيديهم في ماله.

قوله: وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ يُشْتَرَطُ قِيَامُ الخُصُومَةِ عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ، وهذا بخلاف ردِّ المال لأنه يؤكد الخصومة السالفة وينهيهما لحصول المقصود فيبقىٰ تقديرًا، فأمَّا الهبة فتقطع الخصومة لأنه ما كان يخاصم ليهب منه، وثم إنَّما يخاصم ليردَّ عليه وما يفوت مقصود الشيء لا يكون منهيًّا له، فإن قيل: إذا تزوَّج بمن زنىٰ بِها يحد، قلنا: اختلفت الروايات فيه وبعد التسليم الحد باعتبار ما استوفىٰ وذلك متلاشٍ وهنا وجب القطع باعتبار العين وهو باقٍ.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلىٰ قوله: أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ.

كُلُّهُ، أَمَّا نُقْصَانُ السِّعْرِ فَغَيْرُ مَضْمُونٍ فَافْتَرَقَا.

(وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ العَيْنَ المَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ القَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَسْقُطُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ لِأَنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْهُ سَارِقٌ فَيُؤَدِّي إِلَىٰ سَدِّ بَابِ الحَدِّ، وَلَنَا أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةٌ وَتَتَحَقَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِلِاحْتِمَالِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا قَالَ بِدَلِيلِ صِحَّةِ الرُّجُوعِ بَعْدَ الإِقْرَارِ.

(وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلَانِ بِسَرِقَةٍ ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا هُوَ مَالِي لَمْ يُقْطَعَا) لِأَنَّ الرُّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ وَمُورِثٌ لِلشُّبْهَةِ فِي حَقِّ الآخَرِ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ تَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ (فَإِنْ سَرَقَا ثُمَّ غَابَ أَحَدُهُمَا وَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ

قوله: بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ، وإنَّما قال ذلك لأنه إذا أقرَّ بالسرقة ثم رجع عن إقراره سقط القطع عنه بالاتفاق.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا قَالَ، أي الشافعي رحمه الله تعالىٰ وهو قوله: لأنه لا يعجز عنه سارقٌ، بدليل صحة الرجوع يعني ما من مقرٍّ إلَّا ويتمكَّن من الرجوع ومع ذلك صار معتبَرًا في إيراث الشبهة، فكذا هذا.

قوله: لِأَنَّ الرُّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ وَمُورِثٌ لِلشُّبْهَةِ فِي حَقِّ الآخَرِ، فإن قيل: قوله: هُوَ مَالِي، مورثٌ للشبهة في حقِّ الراجع، كما في المسئلة الأولى، فإذا كان شبهةً في حقه يكون في حق الآخر شبهة الشبهة وهي غير معتبَرة، قلنا: سقط القطع عن الراجع برجوعه لا بطريق الشبهة، فأمَّا في المسئلة الأولىٰ ليسَ ذلك رجوعًا لأنَّ المسئلة فيما إذا ثبت بالبينة فلا يكون قوله: هُوَ مَالِي، رجوعًا فاعتبر شبهةً.

عَلَىٰ سَرِقَتِهِمَا قُطِعَ الآخَرُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ الآخَرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا) وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يُقْطَعُ، لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ رُبَّمَا يَدَّعِي الشُّبْهَةَ، وَجْهُ قَوْلِهِ الآخَرِ أَنَّ الغَيْبَةَ تَمْنَعُ ثُبُوتَ السَّرِقَةِ عَلَى الغَائِبِ فَيَبْقَىٰ مَعْدُومًا وَالْمَعْدُومُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ وَلَا مُعْتَبَرَ بِتَوَهُّمِ حُدُوثِ الشُّبْهَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

(وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَرِقَةِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ بِعَيْنِهَا فَإِنَّهُ يُقْطَعُ وَتُرَدُّ السَّرِقَةُ إِلَى المَسْرُوقِ مِنْهُ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يُقْطَعُ وَالْعَشَرَةُ لِلْمَوْلَىٰ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يُقْطَعُ وَالْعَشَرَةُ لِلْمَوْلَىٰ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، وَمَعْنَاهُ إِذَا كَذَّبَهُ المَوْلَىٰ.

(وَلَوْ أَقَرَّ بِسَرِقَةِ مَالٍ مُسْتَهْلَكٍ قُطِعَتْ يَدُهُ وَلَوْ كَانَ العَبْدُ مَأْذُونًا لَهُ يُقْطَعُ فِي الوَجْهَيْنِ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يُقْطَعُ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا لِأَنَّ الأَصْلَ عِنْدَهُ أَنَّ إِقْرَارَ العَبْدِ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ يَرِدُ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَطَرَفِهِ وَكُلُّ ذٰلِكَ مَالُ المَوْلَىٰ، وَالْإِقْرَارُ عَلَى الغَيْرِ غَيْرُ مَقْبُولٍ إِلَّا أَنَّ المَأْذُونَ لَهُ يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ وَالْمَالِ لِصِحَّةِ إِقْرَارِهِ بِهِ لِكَوْنِهِ مُسَلَّطًا عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ

قوله: وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَرِقَةِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ بِعَيْنِهَا، قيَّد بالمحجور لأنه لا خلافَ في المأذون عند علمائنا الثلاثة، وبقوله: بعينها، لأنه لا خلاف في المستهلكة عندهم أيضًا.

أَيْضًا، وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ ثُمَّ يَتَعَدَّىٰ إِلَى المَالِيَّةِ فَيَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ، وَلِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فِي هٰذَا الإِقْرَارِ لِمَا يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ مِنَ الأَضْرَارِ، وَمِثْلُهُ مَقبُولٌ عَلَى الغَيْرِ، لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي المَحْجُورِ عَلَيْهِ أَنَّ إِقْرَارَهُ بِالْمَالِ بَاطِلٌ، وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ الإِقْرَارُ بِالْغَصْبِ فَيَبْقَىٰ مَالُ المَوْلَىٰ، وَلَا قَطْعَ عَلَى العَبْدِ فِي سَرِقَةِ مَالِ المَوْلَىٰ، يُؤَيِّدُهُ أَنَّ المَالَ أَصْلٌ فِيهَا وَالْقَطْعُ تَابِعٌ حَتَّىٰ تُسْمَعَ الخُصُومَةُ فِيهِ بِدُونِ القَطْعِ وَيَثْبُتُ المَالُ دُونَهُ، وَفِي عَكْسِهِ لَا تُسْمَعُ وَلَا يَثْبُتُ، وَإِذَا بَطَلَ فِيمَا هُوَ الأَصْلُ بَطَلَ فِي التَّبَعِ، بِخِلَافِ المَأْذُونِ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ صَحِيحٌ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ القَطْعِ تَبَعًا.

وَلِأَبِي يُوسُف رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ: بِالْقَطْعِ وَهُوَ عَلَىٰ نَفْسِهِ فَيَصِحُّ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَبِالْمَالِ وَهُوَ عَلَى المَوْلَىٰ فَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ،

قوله: وَلِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ، إلىٰ قوله: وَمِثْلُهُ مَقْبُولٌ عَلَى الغَيْرِ، كما إذا شهد العبد عند الإمام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الإمام شهادته وإن لم تقبل في سائر المواضع لِمَا أنه لا تُهمة فيه لأنه يلزمه الصوم بِهذا ويلزم غيره، وكذا لو أقرَّ الحرُّ المديون المفلس بالقتل العمد فإنه يقتصُّ بالإجماع وإن كان فيه إبطال ديون أرباب الديون.

قوله: حَتَّىٰ تُسْمَعَ الخُصُومَةُ فِيهِ بِدُونِ القَطْعِ، ألا ترىٰ أنَّ المسروق منه لو قال: أبغي المال ولا أبغي القطعَ، تسمع خصومته، ولو قال: أبغي القطعَ ولا أبغي المالَ، لا تسمع خصومته ويثبت المال دونه، كما لو شهد به رجل وامرأتان أو أقرَّ بالسرقة ثم رجع فإنه يضمن المال ولا يقطع.

وَالْقَطْعُ يُسْتَحَقُّ بِدُونِهِ؛ كَمَا إِذَا قَالَ الحُرُّ الثَّوْبُ الَّذِي فِي يَدِ زَيْدٍ سَرَقْتُهُ مِنْ عَمْرٍو وَزَيْدٌ يَقُولُ هُوَ ثَوْبِي يُقْطَعُ يَدُ المُقِرِّ وَإِنْ كَانَ لَا يُصَدَّقُ فِي تَعْيِينِ الثَّوْبِ حَتَّىٰ لَا يُؤْخَذَ مِنْ زَيْدٍ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالْقَطْعِ قَدْ صَحَّ مِنْهُ لِمَا بَيَّنَّا فَيَصِحُّ بِالْمَالِ بِنَاءً عَلَيْهِ لِأَنَّ الإِقْرَارَ يُلَاقِي حَالَةَ البَقَاءِ، وَالْمَالُ فِي حَالَةِ البَقَاءِ تَابِعٌ لِلْقَطْعِ حَتَّىٰ تَسْقُطَ عِصْمَةُ المَالِ بِاعْتِبَارِهِ وَيُسْتَوْفَى القَطْعُ بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الحُرِّ لِأَنَّ القَطْعَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالسَّرِقَةِ مِنَ المُودَعِ، أَمَّا لَا يَجِبُ بِسَرِقَةِ العَبْدِ مَالَ المَوْلَىٰ فَافْتَرَقَا وَلَوْ صَدَّقَهُ المَوْلَىٰ يُقْطَعُ فِي الفُصُولِ كُلِّهَا لِزَوَالِ المَانِعِ.

قَالَ: (وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ رُدَّتْ عَلَىٰ صَاحِبِهَا)

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالْقَطْعِ قَدْ صَحَّ مِنْهُ لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ قوله: وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ ثُمَّ يَتَعَدَّىٰ إِلَى المَالِيَّةِ فَيَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ، وهذا لأن الجزاء إنما يجب عليه بسبب الجناية والجناية إنما تتحقق بواسطة التكليف، والتكليف إنما يتحقق من حيث أنه آدمي لا من حيث أنه مال.

قوله: لِأَنَّ الإِقْرَارَ يُلَاقِي حَالَةَ البَقَاءِ، لأنَّ الإقرار إخبارٌ عن أمرٍ كائنٍ فلا بُدَّ وأن يتحقق ذلك الشيء حتى يتصوَّر الإخبار منه.

قوله: أَمَّا لَا يَجِبُ بِسَرِقَةِ العَبْدِ مَالَ المَوْلَىٰ، أي لا يجب بحالٍ، وإن سرق من مودع المولىٰ ونحوه.

لِبَقَائِهَا عَلَىٰ مِلْكِهِ (وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً لَمْ يَضْمَنْ) وَهٰذَا الإِطْلَاقُ يَشْمَلُ الهَلَاكَ وَالِاسْتِهْلَاكَ، وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ وَهُوَ المَشْهُورُ، وَرَوَى الحَسَنُ عَنْهُ أَنَّهُ يَضْمَنُ بِالِاسْتِهْلَاكِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَضْمَنُ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ قَدِ اخْتَلَفَ سَبَبَاهُمَا فَلَا يَمْتَنِعَانِ فَالْقَطْعُ حَقُّ الشَّرْعِ وَسَبَبُهُ تَرْكُ الِانْتِهَاءِ عَمَّا نَهَى اللهُ عَنْهُ، وَالضَّمَانُ حَقُّ العَبْدِ وَسَبَبُهُ أَخْذُ المَالِ، فَصَارَ كَاسْتِهْلَاكِ صَيْدٍ مَمْلُوكٍ فِي الحَرَمِ أَوْ شُرْبِ خَمْرٍ مَمْلُوكَةٍ لِذِمِّيٍّ.

وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بَعْدَمَا قُطِعَتْ يَمِينُهُ» وَلِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ يُنَافِي القَطْعَ لِأَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ وَقْتِ الأَخْذِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَرَدَ عَلَىٰ مِلْكِهِ فَيَنْتَفِي

قوله: وَهٰذَا الإِطْلَاقُ يَشْمَلُ الهَلَاكَ وَالِاسْتِهْلَاكَ، وهو قوله: وإذا كانت مستهلكةً لأنَّ الهلاك في عدم وجوب الضمان فوق الاستهلاك فإنَّ المودع يضمن بالاستهلاك ويضمن بالهلاك، فإذا ثبتَ عدم وجوب الضمان في الاستهلاك يثبت في الهلاك بالطريق الأوْلىٰ.

قوله: أَوْ شُرْبِ خَمْرٍ مَمْلُوكَةٍ لِذِمِّيٍّ، أي علىٰ أصلكم فإنَّ عنده لا يجب ضمان الخمر بالاستهلاك وإن كانت للذمي.

قوله: لِأَنَّهُ - أي لأنَّ السارق - يَتَمَلَّكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ وَقْتِ الأَخْذِ، كما في الغصب، وعن هذا قالوا: أنَّ هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في الغصب.

القَطْعُ لِلشُّبْهَةِ وَمَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهِ فَهُوَ المُنْتَفِي، وَلِأَنَّ المَحَلَّ لَا يَبْقَىٰ مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ، إِذْ لَوْ بَقِيَ لَكَانَ مُبَاحًا فِي نَفْسِهِ فَيَنْتَفِي القَطْعُ لِلشُّبْهَةِ فَيَصِيرُ مُحَرَّمًا حَقًّا لِلشَّرْعِ كَالْمَيْتَةِ وَلَا ضَمَانَ فِيهِ إِلَّا أَنَّ العِصْمَةَ لَا يَظْهَرُ سُقُوطُهَا فِي حَقِّ الِاسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ آخَرُ غَيْرِ السَّرِقَةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهِ، وَكَذَا الشُّبْهَةُ تُعْتَبَرُ فِيمَا هُوَ السَّبَبُ

قوله: وَمَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهِ فَهُوَ المُنْتَفِي، يعني أنَّ وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع وانتفاء القطع غير منتفٍ فيبقى الضمان بالضرورة لأنَّ انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم.

قوله: إِذْ لَوْ بَقِيَ لَكَانَ مُبَاحًا فِي نَفْسِهِ فَيَنْتَفِي القَطْعُ، لأنَّ الحرمةَ لحقِّ العبد لا توجب حرمة عينه، وما كان حلالاً في نفسه لا يصلح سببًا للعقوبة، كشرب عصير الغير وأخذ ماله غصبًا، إنما الموجب للعقوبة فعل هو حرام بعينه فلا بُدَّ من انتقال العصمة من العبد إلى الربِّ قبيل السرقة ليكون ورود الجناية على حقِّ الله تعالىٰ، فإن قيل: فعله لاقى عصمتين: عصمة الله تعالىٰ وعصمة العبد فكان جنايتين، كما في القتل خطأ تجب الكفارة والدية، وفي قتل صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء والقيمة، وفي شرب خمر الذمي يجب الحدُّ والضمان، قلنا: في النفس حقَّان: حقُّ الشرع وحقُّ العبد فوجب الضمانان، والجزاءُ في قتل صيد الحرم بِهتك حرمة الحرم، والضمان بإتلاف مال الغير، والحدُّ وجب بشرب الخمر صيانةً لعقله، والضمان بإتلاف مال متقوِّم للذمي جبرًا لحقِّه، وهنا الجناية متحدة لأنه محلها العصمة وهي واحدةٌ وقد صارت لله تعالىٰ فلم تبق للعبد، والجناية الواحدة متىٰ أوْجبت جزاء الفعل كملاً لا يوجب بدل المحل، كقطع اليد قصاصًا لا يجب معه بدل المحل وهو الأرش، ولكن هذا لا يتقرَّر إلَّا باستيفاء القطع لأنَّ ما يجب لله تعالىٰ

دُونَ غَيْرِهِ، وَوَجْهُ المَشْهُورِ أَنَّ الِاسْتِهْلَاكَ إِتْمَامُ المَقْصُودِ فَتُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ فِيهِ، وَكَذَا يَظْهَرُ سُقُوطُ العِصْمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ سُقُوطِهَا فِي حَقِّ الهَلَاكِ لِانْتِفَاءِ المُمَاثَلَةِ.

فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الأخذ مراعى إن استوفى القطع تبيَّن أن العصمة كانت له فلا يضمن، والأظهر أنَّها كانت للعبد فيضمن، فإن قيل: إن انتقلت العصمة قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب لأنه لا سبب سوى السرقة، وإن انتقلت بعدها فلا يفيد لأنَّ السبب صادفَ محلاً معصومًا للعبد، وإن انتقلت معها فهو باطلٌ أيضًا لأنَّ السرقة زمان الوجود ليست بموجودةٍ فكيف يثبت الحكم وقت الوجود، قلنا: ينتقل قبيل السرقة شرطًا لصيرورة الجناية علىٰ حقه مع ضرورة استيفاء الحدِّ الذي هو حقه، كما يثبت الملك في قوله: أعتق عبدك عني على ألفٍ، فقال أعتقتُ ضرورة صحَّة العتق اقتضاءً، ولهذا قلنا في رواية يضمن بالإتلاف لأنَّ العصمة إنما تسقط ضرورةً فتظهر في فعل السرقة دون غيرها، إذ الثابت ضرورةً لا يعدو موضعها والإتلاف فعلٌ آخر فلا يظهر في حقِّه فيضمن، كما لو أتلَف غيره، وكذا الشبهة تعتبَر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الإتلاف إذ لا حاجة إلىٰ نقل العصمة في حقِّ الغير فيبقىٰ معصومًا حقًّا للعبد نظرًا إلى الغير فيضمن.

قوله: لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ سُقُوطِهَا فِي حَقِّ الهَلَاكِ لِانْتِفَاءِ المُمَاثَلَةِ، أي سقوط العصمة في حق الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في الهلاك، لانتفاء المماثلة بين المال المسروق وبين الضمان لأنَّ الضمان مال معصوم حقًّا للعبد في حالتي الهلاك والاستهلاك، والمال المسروقُ معصوم حقًّا له في حالة الاستهلاك فقط، فإذا انتفى المماثلة انتفى الضمان لأنَّ ضمان العدوان مشروطٌ بالمماثلة بالنصِّ، ورویٰ هشامٌ عن محمد رحمهما الله تعالى أنَّ السارق لا يضمن في الحكم، فأمَّا فيما بينه وبين الله تعالى يفتى بالضمان لأنَّ المسروق منه قد لحقه الخسران والنقصان من جهته بسبب هو متعدٍّ

قَالَ: (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَقُطِعَ فِي إِحْدَاهَا فَهُوَ لِجَمِيعِهَا، وَلَا يَضْمَنُ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: يَضْمَنُ كُلَّهَا إِلَّا الَّتِي قُطِعَ لَهَا) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا حَضَرَ أَحَدُهُمْ، فَإِنْ حَضَرُوا جَمِيعًا وَقُطِعَتْ يَدُهُ لِخُصُومَتِهِمْ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا بِالِاتِّفَاقِ فِي السَّرِقَاتِ كُلِّهَا، لَهُمَا أَنَّ الحَاضِرَ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الغَائِبِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الخُصُومَةِ لِتَظْهَرَ السَّرِقَةُ فَلَمْ تَظْهَرَ السَّرِقَةُ مِنَ الغَائِبَيْنِ فَلَمْ يَقَعِ القَطْعُ لَهَا فَبَقِيَتْ أَمْوَالُهُمْ مَعْصُومَةً، وَلَهُ أَنَّ الوَاجِبَ بِالْكُلِّ قَطْعٌ وَاحِدٌ حَقًّا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ لِأَنَّ مَبْنَى الحُدُودِ

فيه، ولكن تعذَّر على القاضي القضاء بالضمان لما ذكرنا فيفتىٰ برفع النقصان الذي لحقه من جهة السارق فيما بينه وبين ربه، كذا في المبسوط، وذكر في الإيضاح: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: ولا يحلُّ للسارق أن ينتفع به بوجهٍ من الوجوه لأنَّ الثوب على ملك المسروق منه، وكذلك إذا خاطه قميصًا لم يحل له الانتفاع لأنَّه ملكه بوجهٍ محظور وقد تعذَّر إيجاب الضمان فلا يطلق له الانتفاع، وهذا كالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمانٍ وأخذ شيئًا من أموالهم لم يحكم عليه بالردِّ ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وكذلك الباغي إذا أتلف مال العادل ثمَّ تاب لم يحكم عليه بالضمان ويفتىٰ بذلك فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وكذا الحربي إذا أخذ شيئًا من أموالنا ثم أسلم لم يحكم عليه بالردِّ ويفتى بالردِّ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وكذا السارق إذا استهلك المال المسروق يفتىٰ بأداء الضمان فيما بينه وبين الله تعالى، والأصل في هذه المسائل كلها أنَّ كل فعل انعقد سببًا لوجوب الضمان وتعذَّر إيجابه بعارض ظهر أثر ذلك العارض في حق الحكم، وأمَّا الفتوىٰ فيما بينه وبين الله فتعتبَر قضية السبب.

قوله: لِأَنَّ مَبْنَى الحُدُودِ عَلَى التَّدَاخُلِ، ومعنى التداخل الاكتفاء بحدٍّ واحدٍ.

عَلَى التَّدَاخُلِ وَالْخُصُومَةُ شَرْطٌ لِلظُّهُورِ عِنْدَ القَاضِي، فَإِذَا اسْتَوْفَىٰ فَالْمُسْتَوْفَىٰ كُلُّ الوَاجِبِ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ يَرْجِعُ نَفْعُهُ إِلَى الكُلِّ فَيَقَعُ عَنِ الكُلِّ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا كَانَتِ النُّصُبُ كُلُّهَا لِوَاحِدٍ فَخَاصَمَ فِي البَعْضِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قوله: فَيَقَعُ عَنِ الكُلِّ، أي فإذا وجد القطع وقع عن الكل، فإن قيل: الخصومة شرط ليصير الخصم باذلاً للمال إذ لا يصحُّ البذل من واحدٍ عن الكل، قلنا: بذل المال لسقوط عصمته أمرٌ شرعيٌّ ثبت بناءً على استيفاء القطع لا باعتبار العبد، ألا ترىٰ أنه يستوفيه من يملك البذل ومن لا يملكه كالأب والوصي، والله أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ مَا يُحْدِثُ السَّارِقُ فِي السَّرِقَةِ

(وَمَنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَشَقَّهُ فِي الدَّارِ بِنِصْفَيْنِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي عَشَرَةُ دَرَاهِمَ قُطِعَ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ سَبَبَ المِلْكِ وَهُوَ الخَرْقُ الفَاحِشُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ القِيمَةَ وَتَمَلُّكَ المَضْمُونِ وَصَارَ كَالْمُشْتَرِي إذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ (وَلَهُمَا أَنَّ الأَخْذَ وُضِعَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ لَا لِلْمِلْكِ، وَإِنَّمَا المِلْكُ يُثْبِتُ ضَرُورَةَ أَدَاءِ الضَّمَانِ كَيْ لَا يَجْتَمِعَ البَدَلَانِ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ) وَمِثْلُهُ لَا يُوَرِّثُ الشُّبْهَةَ كَنَفْسِ الأَخْذِ،

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله: ثُمَّ أَخْرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي عَشَرَةُ دَرَاهِمَ، أي بعد الشقِّ يساوي عشرة دراهم فيشتَرط كمال النصاب عند الاخراج.

قوله: لِأَنَّ لَهُ فِيهِ سَبَبَ المِلْكِ، وإنما قلنا ذلك لأن المالك بعد الشقِّ بالخيار إن شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك، فإنَّ سبب الملك لو لم ينعقد لَمَا وجب التمليك بكره من السارق، كذا في الأسرار.

قوله: وَصَارَ كَالْمُشْتَرِي إذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ، والجامعُ بينهما هو أنَّ السرقة تمَّت علىٰ عين غير مملوك للسارقِ ولكن وَرَدَ عليه سبب الملك.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ الأَخْذَ وُضِعَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ لَا لِلْمِلْكِ، أي هذا الأخذ الذي فيه خرقٌ فاحشٌ، واللام فيه للعهد يدلُّ عليه قوله: وَمِثْلُهُ لَا يُوَرِّثُ الشُّبْهَةَ كَنَفْسِ الأَخْذِ.

وَكَمَا إِذَا سَرَقَ البَائِعُ مَعِيبًا بَاعَهُ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ؛ لِأَنَّ البَيْعَ مَوْضُوعٌ لِإِفَادَةِ المِلْكِ، وَهٰذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ النُّقْصَانِ وَأَخْذَ الثَّوْبِ، فَإِنِ اخْتَارَ تَضْمِينَ القِيمَةِ وَتَرْكِ الثَّوْبِ عَلَيْهِ لَا يُقْطَعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ وَقْتِ الأَخْذِ فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالْهِبَةِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، وَهٰذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ النُّقْصَانُ فَاحِشًا، فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا يُقْطَعُ بِالِاتِّفَاقِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ المِلْكِ إِذْ لَيْسَ لَهُ اخْتِيَارُ تَضْمِينِ كُلِّ القِيمَةِ.

(وَإِنْ سَرَقَ شَاةً فَذَبَحَهَا ثُمَّ أَخْرَجَهَا لَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّ السَّرِقَةَ تَمَّتْ عَلَى

قوله: وَكَمَا إِذَا سَرَقَ البَائِعُ مَعِيبًا بَاعَهُ، ولم يعلم المشتَري العيبَ فإنه يقطع، وإن انعقدَ سبب الردِّ وهو العيب فثبتَ به الملكُ للبائع فكذلك هنا يقطع وإن انعقد سبب الملك وهو الشقُّ، وإن كان الخرق إتلافًا لم يقطع لأنه استقرَّ الضمان وأنه ينفي القطع، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يقطع، كذا في الإيضاح، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى في حدِّ الإتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة.

قوله: وَهٰذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ النُّقْصَانُ فَاحِشًا، وقيل في حدِّ الفاحش أن ينقص ربع القيمة، وقيل ما لا يصلح الباقي لثبوت ما، والصحيح أنَّ الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة، واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ، فإن كان يسيرًا يقطع بالاتفاق لعدم سبب الملك لأنه ليسَ له اختيار تضمين كلِّ القيمة بل له تضمين قيمة النقصان، فإن قيل: قد أوْجَبتم مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان، قلنا: إنَّما لا يجتمعان كي لا يؤدي إلى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جنايةٍ واحدةٍ وهنا لا يؤدي إليه، إذ القطع يجبُ بالسرقة وضمان النقصان بالخرق، والخرق ليس من السرقة في شيءٍ.

اللَّحْمِ وَلَا قَطْعَ فِيهِ (وَمَنْ سَرَقَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً يَجِبُ فِيهِ القَطْعُ فَصَنَعَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ قُطِعَ فِيهِ وَتُرَدُّ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ إِلَى المَسْرُوقِ مِنْهُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا سَبِيلَ لِلْمَسْرُوقِ مِنْهُ عَلَيْهِمَا) وَأَصْلُهُ فِي الغَصْبِ فَهٰذِهِ صَنْعَةٌ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ، ثُمَّ وُجُوبُ الحَدِّ لَا يُشْكِلُ عَلَىٰ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَقِيلَ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا لَا يَجِبُ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ قَبْلَ القَطْعِ، وَقِيلَ يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالصَّنْعَةِ شَيْئًا آخَرَ فَلَمْ يَمْلِكْ عَيْنَهُ.

(فَإِنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ الثَّوْبُ وَلَمْ يَضْمَنْ قِيمَةَ الثَّوْبِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يُؤْخَذُ مِنْهُ الثَّوْبُ وَيُعْطَىٰ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ) اعْتِبَارًا بِالْغَصْبِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا كَوْنُ الثَّوْبِ أَصْلًا قَائِمًا وَكَوْنُ الصَّبْغِ تَابِعًا، وَلَهُمَا أَنَّ الصَّبْغَ قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنًى، حَتَّىٰ لَوْ أَرَادَ أَخْذَهُ مَصْبُوغًا يَضْمَنُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَحَقُّ المَالِكِ فِي الثَّوْبِ قَائِمٌ صُورَةً لَا مَعْنًى؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى السَّارِقِ بِالْهَلَاكِ فَرَجَّحْنَا جَانِبَ السَّارِقِ، بِخِلَافِ الغَصْبِ، لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ

قوله: يَجِبُ فِيهِ القَطْعُ، من صورة المسئلة أي سرق ذهبًا أو فضَّةً يجب فيه القطع بأن يساوي عشرة دراهمَ.

قوله: فَلَمْ يَمْلِكْ عَيْنَهُ، أي عين المسروق وهو الذهب والفضة وإنما ملك المضروبَ.

قوله: فَرَجَّحْنَا جَانِبَ السَّارِقِ، فإن قيل: لو انقطع حقُّ المالك يملكه السارقُ من حين صبغه فيجبُ أن يمتنع القطع، قلنا: إنَّما يوجب القطع باعتبار الثوب الأبيض وهو لم

وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنًى فَاسْتَوَيَا مِنْ هٰذَا الوَجْهِ فَرَجَّحْنَا جَانِبَ المَالِكِ بِمَا ذَكَرْنَا (وَإِنْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ أُخِذَ مِنْهُ فِي المَذْهَبَيْنِ) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - هٰذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّ السَّوَادَ زِيَادَةٌ عِنْدَهُ كَالْحُمْرَةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ زِيَادَةٌ أَيْضًا كَالْحُمْرَةِ وَلٰكِنَّهُ لَا يَقْطَعُ حَقَّ المَالِكِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ السَّوَادُ نُقْصَانٌ فَلَا يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ المَالِكِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

يملكه بوجهٍ من الوجوه، فصار كحنطةٍ طحنها السارقُ يجب القطع وإن ملك الدقيق لأنَّ القطع إنما يجب بسرقة الحنطة وبالطحن يملك الدقيق دون الحنطة، تحقيقه أنَّ ثبوت الملك للسارق لرجحان الصبغ لكونه متقوِّمًا دون الثوب وعدم تقوُّم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك ثابتًا قبله.

قوله: فَاسْتَوَيَا مِنْ هٰذَا الوَجْهِ، أي من حيث إنَّ حقَّ كل واحد منهما قائمٌ صورةً ومعنًى، فَرَجَّحْنَا جَانِبَ المَالِكِ بِمَا ذَكَرْنَا، أي ما ذكرنا من كون الثوب أصلاً قائمًا فإنَّ الثوب باقٍ بنفسه والصبغ باقٍ بالثوب.

قوله: وَإِنْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ أُخِذَ مِنْهُ فِي المَذْهَبَيْنِ، يعني مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ السواد نقصانٌ وليس بزيادةٍ، والمسروقُ إذا انتقصَ عند السارق لا ينقطع حقُّ المسروق منه فله أن يأخذ الثوب ولا يعطي شيئًا، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى السواد زيادةٌ، لكن محمدًا رحمه الله تعالى لا يقول بانقطاع حق المالك بمثل هذه الزيادة كما في الحمرة فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه كما في الحمرة، وأبو يوسف رحمه الله تعالىٰ يقول ينقطعُ حق المالك ولا سبيلَ عليه كما في الحمرة، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

بَابُ قَطْعِ الطَّرِيقِ

قَالَ: (وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مُمْتَنِعِينَ أَوْ وَاحِدٌ يَقْدِرُ عَلَى الِامْتِنَاعِ فَقَصَدُوا قَطْعَ الطَّرِيقِ فَأُخِذُوا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَالًا وَيَقْتُلُوا نَفْسًا حَبَسَهُمُ الإِمَامُ حَتَّىٰ يُحْدِثُوا تَوْبَةً، وَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَالْمَأْخُوذُ إِذَا قُسِّمَ

باب قطع الطريق

اعلم بأنَّ قطع الطريق يسمى السرقة الكبْرىٰ، أمَّا تسميتها سرقةً لأنَّ قاطع الطريق يأخذ المال خفيةً وسرًّا ممَّن إليه حفظ الطريق وهو الإمام الأعظم، كما أنَّ السارق يأخذ المال سرًّا ممن إليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقام المالك، وأمَّا تسميتها بالكبرىٰ لأنَّ ضرر قطع الطريق علىٰ أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق، وضرر السرقة الصغرى يخصُّ الملاك بأخذ ملكهم وهتك حرزهم، ولهذا غلظ الحدُّ في حقِّ قطاع الطريق، كذا في المحيط.

قوله: وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ، أطلق اسم الجماعة ليتناول المسلم والكافر والحرَّ والعبد، وذكر في المبسوط: وإذا قطع قوم من المسلمين أو من أهل الذمة علىٰ قوم من المسلمين أو من أهل الذمة ممتنعين أي متقومين بأنفسهم بحيث يمنعون تعرُّض الغير عن أنفسهم أو واحد يقدر على الامتناع أي على التَّقوىٰ ومنع تعرض الغير عن نفسه بقوَّته وشجاعته قتلهم الإمام حدًّا حتى لا يسقط القتل بعفو الأولياء ويسقط ضمان المال المأخوذ حقًّا للعبد، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣] الآية أي يحاربون أولياء الله علىٰ حذف المضاف لأنَّ أحدًا لا يحارب الله، ولأنَّ

عَلَىٰ جَمَاعَتِهِمْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا أَوْ مَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ذٰلِكَ قَطَعَ الإِمَامُ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ، وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا قَتَلَهُمُ الإِمَامُ حَدًّا) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣] الآيَةَ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ وَاللهُ أَعْلَمُ التَّوْزِيعُ عَلَى الأَحْوَالِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: هٰذِهِ الثَّلَاثَةُ المَذْكُورَةُ، وَالرَّابِعَةُ نَذْكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَلِأَنَّ الجِنَايَاتِ تَتَفَاوَتُ عَلَى الأَحْوَالِ فَاللَّائِقُ

المسافر في البَراريَ في أمان الله تعالىٰ وحفظه متوكِّلاً عليه، فالمتعرض له كأنَّه يحارب الله تعالىٰ، والمراد منه التوزيع على الأحوال كأنه قال: أن يقتلوا إن قتلوا إلخ، لا التخيير، كما قال مالك رحمه الله متشبِّثًا بظاهر الآية، أو ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «من أخذ المال قُطِع، ومن قتل قُتِل، ومن أخذ المال وقَتَلَ صُلِبَ».

قوله: وَهِيَ أَرْبَعَةٌ، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: فالأحوال خمسٌ: إحداها: خوَّفوا لا غير، وهنا عُزِّروا أدنى التعزير، وحُبِسُوا حتى يتوبوا، والثانية: أخذوا الأموال، وفي هذا إذا تابوا قبل أن يُؤخذوا ثم أُخِذوا لم يحدوا، ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك، ولو أُخِذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلافٍ، يعني اليد اليمنى والرجل اليسرىٰ، وردوا المال القائم ويسقط ضمان الهالك، والثالثة: جَرَحوا لا غير، وفيه القصاص فيما يجري فيه القصاص، والأرش فيما لا يجري والاستيفاء إلى صاحب الحقِّ، والرابعة: أخذوا المال وجرحوا، وهنا تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وبطل حكم الجراحات لأنَّ حكم ما دون النفس حكم الأموال فيسقط، والخامسة: أخذوا المال وقتلوا، أو قتل أحدهم رَجُلاً بسلاح أو غيره، فالحقُّ هنا للإمام على ما هو المذكور في الكتاب.

تَغَلُّظُ الحُكْمِ بِتَغَلُّظِهَا، أَمَّا الحَبْسُ فِي الأُولَىٰ فَلِأَنَّهُ المُرَادُ بِالنَّفْيِ المَذْكُورِ لِأَنَّهُ نَفْيٌ عَنْ وَجْهِ الأَرْضِ بِدَفْعِ شَرِّهِمْ عَنْ أَهْلِهَا، وَيُعَزَّرُونَ أَيْضًا لِمُبَاشَرَتِهِمْ مُنْكَرَ الإِخَافَةِ، وَشَرْطُ القُدْرَةِ عَلَى الِامْتِنَاعِ؛ لِأَنَّ المُحَارَبَةَ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْمَنَعَةِ، وَالْحَالَةُ الثَّانِيَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لِمَا تَلَوْنَاهُ، وَشَرْطُ أَنْ يَكُونَ المَأْخُوذُ مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ لِتَكُونَ العِصْمَةُ مُؤَبَّدَةً، وَلِهٰذَا لَوْ قَطَعَ الطَّرِيقَ عَلَى المُسْتَأْمَنِ لَا يَجِبُ القَطْعُ، وَشَرْطُ كَمَالِ النِّصَابِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَيْ لَا يُسْتَبَاحَ طَرَفُهُ إِلَّا بِتَنَاوُلِهِ مَالَهُ خَطَرٌ، وَالْمُرَادُ قَطْعُ اليَدِ اليُمْنَىٰ وَالرِّجْلِ اليُسْرَىٰ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ تَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ، ....

قوله: أَمَّا الحَبْسُ فِي الأُولَىٰ، أي في الحالة الأولى، وهي ما إذا أخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفسًا، فلأنه المراد بالنفي المذكور في الآية، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: المراد من النفي الطلب ليهربوا من كل موضعٍ، وما قلناه أَوْلىٰ لأنَّ العقوبة بالحبس مشروعة، والأخذ بما يوجد له نظيرٌ في الشرع أَوْلىٰ من الأخذ بما لا نظيرَ له.

قوله: وَشَرْطُ كَمَالِ النِّصَابِ، وقال مالك رحمه الله تعالى: المعتبَر أن يكون المأخوذ في نفسه نصابًا كاملاً سواء أخذه الواحد أو الجماعة، وهكذا مذهبنا في السرقة الصغرىٰ، وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى: الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهمًا فصاعدًا لأنَّ التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق بأخذها عضوًا واحدًا، وهنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة إلَّا باعتبار عشرين درهمًا، ولكنَّا نقول: يغلظ الحدُّ هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ، ففي النصاب هذا الحد وحدُّ السرقة سواءٌ.

قوله: كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ تَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ، حتَّىٰ إذا كانت يده اليسرىٰ شلاءَ أو

وَالْحَالَةُ الثَّالِثَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لِمَا تَلَوْنَاهُ (وَيُقْتَلُونَ حَدًّا، حَتَّىٰ لَوْ عَفَا الأَوْلِيَاءُ عَنْهُمْ لَا يُلْتَفَتُ إِلَىٰ عَفْوِهِمْ) لِأَنَّهُ حَقُّ الشَّرْعِ.

(وَ) الرَّابِعَةُ (إِذَا قَتَلُوا وَأَخَذُو المَالَ فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ صَلَبَهُمْ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يُقْتَلُ أَوْ يُصْلَبُ وَلَا يُقْطَعُ) لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَا تُوجِبُ حَدَّيْنِ، وَلِأَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ يَدْخُلُ فِي النَّفْسِ فِي بَابِ الحَدِّ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالرَّجْمِ، وَلَهُمَا أَنَّ هٰذِهِ عُقُوبَةٌ وَاحِدَةٌ تَغَلَّظَتْ لِتَغَلُّظِ سَبَبِهَا، وَهُوَ تَفْوِيتُ الأَمْنِ عَلَى التَّنَاهِي بِالْقَتْلِ وَأَخْذِ المَالِ، وَلِهٰذَا كَانَ قَطْعُ اليَدِ وَالرِّجْلِ مَعًا فِي الكُبْرَىٰ حَدًّا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَا فِي الصُّغْرَىٰ حَدَّيْنِ، وَالتَّدَاخُلُ فِي الحُدُودِ لَا فِي حَدٍّ وَاحِدٍ، ثُمَّ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ

مقطوعةً لم يقطع رجله اليمنىٰ، وأمَّا إذا كانت يده اليمنىٰ مقطوعةً يقطع رجله اليسرىٰ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يُقْتَلُ أَوْ يُصْلَبُ، وفي عامة الروايات قول أبي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وهي قطع المارَّة عن الطريق.

قوله: كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالرَّجْمِ، يعني أنَّ السارق إذا زنىٰ وهو محصنٌ فإنه يرجم لا غير لأنَّ القتل يأتي على ذلك كله.

قوله: وَالتَّدَاخُلُ فِي الحُدُودِ لَا فِي حَدٍّ وَاحِدٍ، ألا ترىٰ أنَّ الجلدات في الزنا لا

التَّخْيِيرَ بَيْنَ الصَّلْبِ وَتَرْكِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يَتْرُكُهُ لِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ، وَالْمَقْصُودُ التَّشْهِيرُ لِيَعْتَبِرَ بِهِ غَيْرُهُ، وَنَحْنُ نَقُولُ أَصْلُ التَّشْهِيرِ بِالْقَتْلِ وَالْمُبَالَغَةِ بِالصَّلْبِ فَيُخَيَّرُ فِيهِ.

ثُمَّ قَالَ: (وَيُصْلَبُ حَيًّا وَيُبْعَجُ بَطْنُهُ بِرُمْحٍ إِلَىٰ أَنْ يَمُوتَ) وَمِثْلُهُ عَنِ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَعَنِ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُقْتَلُ ثُمَّ يُصْلَبُ تَوَقِّيًا عَنِ المُثْلَةِ، وَجْهُ الأَوَّلِ وَهُوَ الأَصَحُّ أَنَّ الصَّلْبَ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ أَبْلَغُ فِي الرَّدْعِ وَهُوَ المَقْصُودُ بِهِ.

قَالَ: (وَلَا يُصْلَبُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ يَتَغَيَّرُ بَعْدَهَا فَيَتَأَذَّى النَّاسُ بِهِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُتْرَكُ عَلَىٰ خَشَبَةٍ حَتَّىٰ يَتَقَطَّعَ فَيَسْقُطَ لِيَعْتَبِرَ بِهِ غَيْرُهُ، قُلْنَا: حَصَلَ الِاعْتِبَارُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ وَالنِّهَايَةُ غَيْرُ مَطْلُوبَةٍ.

قَالَ: (وَإِذَا قُتِلَ القَاطِعُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي مَالٍ أَخَذَهُ) اعْتِبَارًا بِالسَّرِقَةِ الصُّغْرَىٰ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ (فَإِنْ بَاشَرَ القَتْلَ أَحَدُهُمْ أُجْرِيَ الحَدُّ عَلَيْهِمْ بِأَجْمَعِهِمْ) لِأَنَّهُ جَزَاءُ المُحَارَبَةِ، وَهِيَ تَتَحَقَّقُ بِأَنْ يَكُونَ البَعْضُ

تداخل، فإن قيل: هذا فاسدٌ لأنَّ للإمام أن يقتله ويدع القطع، وعلىٰ هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع كما ليس له ولاية ترك بعض الجلدات، قلنا: ولاية ترك القطع لا بطريق التداخل بل لأنه ليسَ عليه مراعاة التَّرتيب في إجراء حدٍّ واحدٍ فكان له أن يبدأ بالقتل لذلك، ثم إذا قتله فلا فائدةَ في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل، كالزانِي إذا ضُرِبَ خمسين جلدةً فماتَ فإنه يُتْرَكُ ما بقي لأنه لا فائدةَ في إقامته، كذا في المبسوط.

رِدْءًا لِلْبَعْضِ حَتَّىٰ إِذَا زَلَّتْ أَقْدَامُهُمْ انْحَازُوا إِلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا الشَّرْطُ الْقَتْلُ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَقَدْ تَحَقَّقَ.

قَالَ: (وَالْقَتْلُ وَإِنْ كَانَ بِعَصًا أَوْ بِحَجَرٍ أَوْ بِسَيْفٍ فَهُوَ سَوَاءٌ) لِأَنَّهُ يَقَعُ قَطْعًا لِلطَّرِيقِ بِقَطْعِ المَارَّةِ (وَإِنْ لَمْ يَقْتُلِ القَاطِعُ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالًا وَقَدْ جَرَحَ اُقْتُصَّ مِنْهُ فِيمَا فِيهِ القِصَاصُ، وَأُخِذَ الأَرْشُ مِنْهُ فِيمَا فِيهِ الأَرْشُ وَذٰلِكَ إِلَى الأَوْلِيَاءِ) لِأَنَّهُ لَا حَدَّ فِي هٰذِهِ الجِنَايَةِ فَظَهَرَ حَقُّ العَبْدِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَيَسْتَوْفِيهِ الوَلِيُّ (وَإِنْ أَخَذَ مَالًا ثُمَّ جَرَحَ قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ وَبَطَلَتِ الجِرَاحَاتُ) لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ الحَدُّ حَقًّا لِلّٰهِ سَقَطَتْ عِصْمَةُ النَّفْسِ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ المَالِ.

(وَإِنْ أُخِذَ بَعْدَ مَا تَابَ وَقَدْ قَتَلَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الأَوْلِيَاءُ قَتَلُوهُ وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا عَنْهُ) لِأَنَّ الحَدَّ فِي هٰذِهِ الجِنَايَةِ لَا يُقَامُ بَعْدَ التَّوْبَةِ ....

قوله: وَإِنْ أُخِذَ بَعْدَ مَا تَابَ وَقَدْ قَتَلَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الأَوْلِيَاءُ قَتَلُوهُ وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا عَنْهُ، وكذلك إن أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا أو جرحوا عمدًا ولكن ما أخذوا من الأموال شيء تافه أو لا يصيب كل واحد منهم نصاب فالأمر في القصاص في النفس وغيرها إلى الأولياء، فإن شاءوا استوفوا وإن شاءوا عفوا، وقد طعن عيسىٰ رحمه الله تعالى في هذه المسئلة وقال: يقتلهم الإمام حدًّا لأنَّهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئًا من المال قتلهم الإمام حدًّا لا قصاصًا، وهذا لأنَّ ما دون النصاب لمَّا لم يتعلق به حكم كان وجوده كعدمه، أو لأنه تتغلظ جنايتهم بأخذ شيء من المال وما تتغلظ به الجناية لا يكون مسقطًا، ولكن ما قلناه أصحُّ وهو المذكور في الكتاب لأنَّ وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود

لِلِاسْتِثْنَاءِ المَذْكُورِ فِي النَّصِّ، وَلِأَنَّ التَّوْبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَىٰ رَدِّ المَالِ وَلَا قَطْعَ فِي مِثْلِهِ، فَظَهَرَ حَقُّ العَبْدِ فِي النَّفْسِ وَالْمَالِ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الوَلِيُّ القِصَاصَ أَوْ يَعْفُوَ، وَيَجِبُ الضَّمَانُ إذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ أَوِ اسْتَهْلَكَهُ.

والظاهر أنَّهم يقصدون بقطع الطريق أخذ المال وإنَّما يقدمون على القتل ليتمكَّنوا من أخذ المال، وإذا لم يأخذوا عرفنا أنَّ مقصودهم لم يكن المال وإنما كان القتل فأوْجبنا عليهم الحدَّ قتلاً بالقتل الموجود منهم، فأمَّا إذا أخذوا الأموال عرفنا أن مقصودهم كان أخذ المال وأنَّ إقدامهم على القتل كان للتمكن من أخذ المال، فباعتبار ما هو المقصود لا يمكن إيجاب الحدِّ عليهم إذا كان ما يصيب كل واحد منهم ما دون النصاب، كذا في المبسوط، وعَدَّ هذه المسئلة من أعْجب المسائل وأمر بحفظها، وكونها أعْجَب من حيث أنَّ ازدياد الجناية بأخذ ما دون النصاب مع القتل أوْرَث في حقه خِفَّةً في فعله حيث جعل للعفو مجالاً، بخلاف ما لو لم يأخذ شيئاً، وقيل: ليس للعفو فيه مجالٌ بل يقتل حدًّا.

قوله: لِلِاسْتِثْنَاءِ المَذْكُورِ، فإن قيل: لم ينصرف الاستثناء إلى الجملة الأخيرة كما في آية القذف فما وجه الفرق؟ قلنا: لأنَّ قوله: ﴿فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤٧﴾ [المائدة: ٤٧] لا يصلح جزاءً بل هي حكايةُ حالٍ قائمةٍ فصارت هذه الجملة فاصلةً بين الجزاء والاستثناء فيصير الاستثناء علىٰ هذه الجملة، وهنا العذاب العظيم في الآخرة جزاءُ فعله كالذي تقدَّم فالتحق الاستثناء بالكلِّ.

قوله: وَلِأَنَّ التَّوْبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَىٰ رَدِّ المَالِ، ليقطع به خصومة ربُّ المال فإنَّ الإمام لا يقيم الحدَّ إلَّا بخصومة صاحب المال في ماله وقد انقطعت خصومته لوصول المال إليه قبل ظهور الجريمة عند الإمام فيسقط الحدُّ.

قوله: وَيَجِبُ الضَّمَانُ إذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ أَوِ اسْتَهْلَكَهُ، فإن قيل: أنَّ التوبة لما توقفت

(وَإِنْ كَانَ مِنَ الْقُطَّاعِ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِ سَقَطَ الحَدُّ عَنِ البَاقِينَ) فَالْمَذْكُورُ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَوْ بَاشَرَ العُقَلَاءُ يُحَدُّ البَاقُونَ وَعَلَىٰ هٰذَا السَّرِقَةُ الصُّغْرَىٰ، لَهُ أَنَّ المُبَاشِرَ أَصْلٌ، وَالرَّدُّ تَابِعٌ وَلَا خَلَلَ فِي مُبَاشَرَةِ العَاقِلِ وَلَا اعْتِبَارَ بِالْخَلَلِ فِي التَّبَعِ، وَفِي عَكْسِهِ يَنْعَكِسُ المَعْنَىٰ وَالْحُكْمُ، وَلَهُمَا أَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ قَامَتْ بِالْكُلِّ، فَإِذَا لَمْ يَقَعْ فِعْلُ بَعْضِهِمْ مُوجِبًا كَانَ فِعْلُ البَاقِينَ بَعْضَ العِلَّةِ وَبِهِ لَا يَثْبُتُ الحُكْمُ فَصَارَ كَالْخَاطِئِ مَعَ العَامِدِ، وَأَمَّا ذُو الرَّحِمِ

على ردِّ المال فكيف يقال بوجوب الضمان إذا هلك في يده وأنه يوجب الحدَّ؟ قلنا: الكلام فيما إذا تابَ وقد ردَّ مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض أو هلك في يده حيث تصحُّ توبته ويجب الضمان، وفي معاني الأخبار للكلابادي رحمه الله تعالىٰ أنَّ من أخذ مال الغير لغرضٍ وأتْلَف البعض ثم نَدِم على ذلك الصنع وردَّ ما بقي على عزم تدارك ما فات يكون تائبًا، وذكر في الأصل أنَّ ردَّ المال منهم للتوبة فيكون نفس التوبة شبهةً في درء الحدِّ فظهر حقُّ العبد في العفو والتضمين.

قوله: لَوْ بَاشَرَ العُقَلَاءُ يُحَدُّ البَاقُونَ، أي الباقون من الذين لم يباشروا القتلَ من العقلاء البالغين.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ يَنْعَكِسُ المَعْنَىٰ وَالْحُكْمُ، أي إذا باشر الصبيُّ والمجنونُ يسقط الحدُّ لأنَّ الخللَ ههنا في الأصل وهو المباشر.

قوله: فَصَارَ كَالْخَاطِئِ مَعَ العَامِدِ، أي إذا اشتركا في القتل فإنه لا يجب القود.

الْمَحْرَمِ فَقَدْ قِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مُطْلَقٌ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ فَالِامْتِنَاعُ فِي حَقِّ الْبَعْضِ يُوجِبُ الِامْتِنَاعَ فِي حَقِّ الْبَاقِينَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِمْ مُسْتَأْمَنٌ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ فِي حَقِّهِ لِخَلَلٍ فِي الْعِصْمَةِ وَهُوَ يَخُصُّهُ، أَمَّا هُنَا الِامْتِنَاعُ لِخَلَلٍ فِي الْحِرْزِ، وَالْقَافِلَةُ حِرْزٌ وَاحِدٌ.

قوله: فَقَدْ قِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ، قال أبو بكر الرازي رحمه الله تعالىٰ: المسئلة محمولةٌ علىٰ ما إذا كان المال مشتَركًا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم حتى لا يجب باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم فيصير شبهة في نصيب الباقين، فأمَّا إذا لم يكن المال مشتَركًا بينهم فإن لم يأخذوا المال إلَّا من ذي الرحم المحرم فكذلك، وإن أخذوا منه ومن غيره يحدُّون باعتبار المال المأخوذ من الأجنبي، والصحيح أنه مجرى على إطلاقه لأنَّ مال جميع القافلة في حقِّ قطاع الطريق كشيءٍ واحدٍ لأنَّهم قصدوا أخذ ذلك كله بفعلٍ واحدٍ فإذا تمكنت الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم فهو كتمكن الشبهة في جميعه.

قوله: عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: أنه جناية واحدة قامت بالكل.

قوله: فِيهِمْ، أي في المقطوع عليهم.

قوله: لِخَلَلٍ فِي الْعِصْمَةِ، وهو يخصُّه، نظيره لو سرق مال المسلم مع مال المستأمن من بيتٍ يسكنان فيه يجب القطع على السارق لوجود تمام السرقة وهو أخذ مالٍ معصومٍ من الحرز، وسقوط العصمة في حقِّ المستأمن لا يخلُّ بالسرقة لأنه يختصُّ به فكذا هنا.

قوله: أَمَّا هُنَا الِامْتِنَاعُ لِخَلَلٍ فِي الْحِرْزِ، كدار يسكنها أخو السارق وأجنبيٌّ فسرق

(وَإِذَا سَقَطَ الحَدُّ صَارَ القَتْلُ إِلَى الأَوْلِيَاءِ) لِظُهُورِ حَقِّ العَبْدِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ (فَإِنْ شَاءُوا قَتَلُوا وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا، وَإِذَا قَطَعَ بَعْضُ القَافِلَةِ الطَّرِيقَ عَلَى البَعْضِ لَمْ يَجِبِ الحَدُّ) لِأَنَّ الحِرْزَ وَاحِدٌ فَصَارَتِ القَافِلَةُ كَدَارٍ وَاحِدَةٍ (وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا فِي المِصْرِ أَوْ بَيْنَ الكُوفَةِ وَالْحِيرَةِ فَلَيْسَ بِقَاطِعِ الطَّرِيقِ) اسْتِحْسَانًا، وَفِي القِيَاسِ يَكُونُ قَاطِعَ الطَّرِيقِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لِوُجُودِهِ حَقِيقَةً، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَجِبُ الحَدُّ إِذَا كَانَ خَارِجَ المِصْرِ إِنْ كَانَ بِقُرْبِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ، وَعَنْهُ إِنْ قَاتَلُوا نَهَارًا بِالسِّلَاحِ أَوْ لَيْلًا بِهِ أَوْ بِالْخَشَبِ فَهُمْ قُطَّاعُ الطَّرِيقِ لِأَنَّ السِّلَاحَ لَا يَلْبَثُ وَالْغَوْثُ يُبْطِئُ بِاللَّيَالِي، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ قَطْعَ الطَّرِيقِ بِقَطْعِ المَارَّةِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَٰلِكَ فِي المِصْرِ وَيَقْرُبُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لُحُوقُ الغَوْثِ، إِلَّا أَنَّهُمْ يُؤْخَذُونَ بِرَدِّ المَالِ أَيْضًا لَا

مال الأجنبي لا يقطع لِمَا أنَّ الخلل في الحرز فكذا هنا.

قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ لُحُوقُ الغَوْثِ، أي من الإمام والناس فلا يمتنع التطرق فلا يتحقق القطع، ولأنَّ السبب محاربة الله تعالى وهي إنَّما تتحقَّق في المفازة لأنَّ المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيصير في حفظ الله تعالىٰ معتمدًا عليه فمن يتعرَّض له يكون محاربًا لله تعالىٰ، فأمَّا في المصر وفيما بين القرىٰ فيلحقه الغوث من السلطان والناس وهو يعتمد عليهما فيتمكَّن النقصان في فعل من يتعرَّض له من حيث محاربة الله تعالىٰ فلا يحدُّ، وقال بعض المتأخرين أنَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ أجاب بذلك بناءً علىٰ عادة أهل زمانه، فإنَّ الناس في المصر وفيما بين القرىٰ كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم

لِلْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ، وَيُؤَدَّبُونَ وَيُحْبَسُونَ لِارْتِكَابِهِمِ الجِنَايَةَ، وَلَوْ قَتَلُوا فَالْأَمْرُ فِيهِ إِلَى الأَوْلِيَاءِ لِمَا بَيَّنَّا.

(وَمَنْ خَنَقَ رَجُلًا حَتَّىٰ قَتَلَهُ فَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهِيَ مَسْأَلَةُ القَتْلِ بِالْمُثْقَلِ، وَسَنُبَيِّنُ فِي بَابِ الدِّيَاتِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (وَإِنْ خَنَقَ فِي المِصْرِ غَيْرَ مَرَّةٍ قُتِلَ بِهِ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ سَاعِيًا فِي الأَرْضِ بِالْفَسَادِ فَيُدْفَعُ شَرُّهُ بِالْقَتْلِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

فيتحقَّق بذلك دفع قاصد قطع الطريق، ولو تحقق يكون نادرًا فلا يبنى الحكم عليه، وكذا يندر بين الحيرة والكوفة لاتصال عمران أحد الموضعين بالموضع الآخر، فأمَّا الآن فقد صار كالبَرية وتركوا عادة حمل السلاح في الأمصار فيتحقَّق قطع الطريق في الأمصار وفيما بين القرىٰ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في المصر وفيما بين القرىٰ: إن قطعوا بالسلاح حُدُّوا، وإن قطعوا بحجر أو بخشب نَهارًا لا، وإن كان ليلاً حدوا لأنَّ السلاح لا يلبث فلا يلحقه الغوث، وأمَّا الخشب والحجر فيلبث فيدركه الغوث، وقيل: الغوث بالليالي، فالأمران فيها على التساوي.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ قوله قبله: لأنه لا حدَّ في هذه الجناية فظهر حقُّ العبد.

قوله: وَمَنْ خَنَقَ، بالتخفيف، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

كِتَابُ السِّيَرِ

السِّيَرُ جَمْعُ سِيرَةٍ، وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الأُمُورِ، وَفِي الشَّرْعِ تَخْتَصُّ بِسِيَرِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي مَغَازِيهِ.

قَالَ: (الْجِهَادُ فَرْضٌ عَلَى الكِفَايَةِ إِذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ مِنَ النَّاسِ سَقَطَ عَنِ البَاقِينَ) أَمَّا الفَرْضِيَّةُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْجِهَادُ مَاضٍ إِلَىٰ يَوْمِ القِيَامَةِ» وَأَرَادَ

كتاب السِّيَرِ

السِّيَرُ - هي - جَمْعُ سِيرَةٍ، وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الأُمُورِ، وَفِي الشَّرْعِ تَخْتَصُّ بِسِيَرِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي مَغَازِيهِ، وفي المنشور: السير جمع سيرة وهي فعلة من السير وقد يُراد به السير الذي هو قطع الطريق، وقد يراد به السنة في المعاملات، يقال: سار أبو بكر رضي الله عنه بسيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وسميت المغازي سِيَرًا لأنَّ أوَّل أمورها السير إلى العدوّ، وأنَّ المراد بِها سِيَرُ الإمام ومعاملاته مع الغزاة والأنصار ومنع العداة والكفار، وذكر في المُغْرِب: أصل السيرة حالة السير إلا أنَّها غلبت في لسان صاحب الشرع علىٰ أمور المغازي وما يتعلق بِها كالمناسك على أمور الحج، وقالوا السِّيَر الكبير فوصفوها بصيغة المذكر لقيامها مقام المضاف الذي هو الكتاب كقولهم: صلى الظهر، والسِّيَر الكبيرة خطأ، كجامع الصغير وجامع الكبير.

بِهِ فَرْضًا بَاقِيًا، وَهُوَ فَرْضٌ عَلَى الكِفَايَةِ؛ لِأَنَّهُ مَا فُرِضَ لِعَيْنِهِ إِذْ هُوَ إِفْسَادٌ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا فُرِضَ لِإِعْزَازِ دِينِ اللهِ وَدَفْعِ الشَّرِّ عَنِ العِبَادِ، فَإِذَا حَصَلَ المَقْصُودُ بِالْبَعْضِ سَقَطَ عَنِ البَاقِينَ كَصَلَاةِ الجِنَازَةِ وَرَدِّ السَّلَامِ.

(فَإِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ) لِأَنَّ الوُجُوبَ عَلَى الكُلِّ، وَلِأَنَّ فِي اشْتِغَالِ الكُلِّ بِهِ قَطْعَ مَادَّةِ الجِهَادِ مِنَ الكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ فَيَجِبُ عَلَى الكِفَايَةِ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ النَّفِيرُ عَامًّا) فَحِينَئِذٍ يَصِيرُ مِنْ فُرُوضِ الأَعْيَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] الآيَةَ، وَقَالَ فِي

قوله: فَإِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ، لأنه إنَّما سقط الفرض عن الكل لحصول الكفاية بالبعض، فإذا لم يحصل هذا المعنىٰ تعيَّن الفرض على كل الناس، وإنَّما شرط في ذلك من كان فيه غنًى ودفاع لأنَّ من لا ينتفع به عاجز عن إقامة الفرض والتكليف لا يتأتَّى مع العجز كما في سائر العبادات، كذا في الإيضاح.

قوله: فَحِينَئِذٍ يَصِيرُ مِنْ فُرُوضِ الأَعْيَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] الآيَةَ، قيل: خفافًا في النفير لنشاطكم، وثقالاً عنه لمشقته عليكم، وقيل: خفافًا من السلاح وثقالاً عنه، وقيل: ركبانًا ومشاةً، وقيل: مهازيل وسمانًا، وقيل: عزابًا ومتأهلين، وقيل: شبانًا وشيوخًا، وقيل: مشاغيل وغير مشاغيل، وقيل: أغنياء وفقراء، وقيل: خفافًا إلى المنازل وثقالاً في المصابرة، فإن قيل: هذه الآية بإطلاقها تدل علىٰ أن يكون الجهاد من فروض الأعيان في جميع الأحوال لأنَّها غير مختصة بالنفير، فما وجه التخصيص بالنفير العام مع أنَّ العبرة لعموم اللفظ؟ قلنا: عرف كون الجهاد من فروض الكفاية فيما إذا لم يكن النفير عامًا بآيةٍ أخرىٰ والسنة وشيء من المعقول، أمَّا الآية فهي

الجَامِعِ الصَّغِيرِ: الجِهَادُ وَاجِبٌ إِلَّا أَنَّ المُسْلِمِينَ فِي سَعَةٍ حَتَّىٰ يُحْتَاجَ إِلَيْهِمْ، فَأَوَّلُ هٰذَا الكَلَامِ إِشَارَةٌ إِلَى الوُجُوبِ عَلَى الكِفَايَةِ وَآخِرُهُ إِلَى النَّفِيرِ العَامِّ، وَهٰذَا لِأَنَّ المَقْصُودَ عِنْدَ ذٰلِكَ لَا يَتَحَصَّلُ إِلَّا بِإِقَامَةِ الكُلِّ

قوله تعالى: ﴿لَّا يَسْتَوِي ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ﴾ إلىٰ قوله: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ﴾ [النساء: ٩٥] فالله تعالىٰ وعد للقاعدين الحسنىٰ، ولو كان الجهاد فرض عين لاستحقَّ القاعدون اللائمةَ دون الحسنىٰ، وأمَّا السنة فقد صحَّ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام حين خرج إلى الغزو ما كان يخرج كلُّ أهل المدينة، فلو كان فرض عين لم يدع أحدًا منهم، وأمَّا المعقول فهو ما ذكر في الكتاب أنَّ في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد.

قوله: فَأَوَّلُ هٰذَا الكَلَامِ إِشَارَةٌ إِلَى الوُجُوبِ عَلَى الكِفَايَةِ، أراد بأوَّل الكلام الجهاد واجبٌ، إلَّا أنَّ المسلمين في سعةٍ إذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان بمجموعه إشارة إلى الوجوب، وآخره وهو قوله: حَتَّىٰ يُحْتَاجَ إِلَيْهِمْ، إشارة إلىٰ انتهاء حكم السعة، وذكر في الذخيرة: فإذا جاء النفير إنَّما يصير فرض عين على من يقرب من العدوِّ وهم يقدرون على الجهاد، فأمَّا من ورائهم يبعد من العدوِّ فهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه إذا لم يحتج إليهم، أمَّا إذا احتيج إليهم بأن عجز من كان يقرب من العدوِّ من المقاومة مع العدوِّ أو لم يعجزوا عن المقاومة إلا أنَّهم تكاسلوا ولم يجاهدوا فإنه يفترض على من يليهم فرض عين كالصوم والصلاة ولا يسعهم تركه، ثمَّ وثمَّ إلىٰ أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقًا وغربًا على هذا التدريج، ونظيره الصلاة على الميِّت فإنَّ من مات في ناحية من نواحي البلدة فعلىٰ جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأسبابه، وليس على كل من كان يبعد من الميت أن يقوم بذلك، وإن كان الذي يبعد من الميت يعلم أنَّ أهل المحلة يضيعون حقوقه أو يعجزون عنه كان عليه أن يقوم بحقوقه كذا ههنا، ثم يستوي أن يكون المستنفر عدلاً أو فاسقًا يقبل خبَره في ذلك.

فَيُفْتَرَضُ عَلَى الكُلِّ (وَقِتَالُ الكُفَّارِ وَاجِبٌ) وَإِنْ لَمْ يَبْدَءُوا لِلْعُمُومَاتِ.

(وَلَا يَجِبُ الجِهَادُ عَلَىٰ صَبِيٍّ) ؛ لِأَنَّ الصِّبَا مَظِنَّةُ المَرْحَمَةِ (وَلَا عَبْدٍ وَلَا امْرَأَةٍ) لِتَقَدُّمِ حَقِّ المَوْلَىٰ وَالزَّوْجِ (وَلَا أَعْمَىٰ وَلَا مُقْعَدٍ وَلَا أَقْطَعَ) لِعَجْزِهِمْ، (فَإِنْ هَجَمَ العَدُوُّ عَلَىٰ بَلَدٍ وَجَبَ عَلَىٰ جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ، تَخْرُجُ المَرْأَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا وَالْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلَىٰ) لِأَنَّهُ صَارَ فَرْضَ عَيْنٍ، وَمِلْكُ اليَمِينِ وَرِقُّ النِّكَاحِ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ فُرُوضِ

قوله: وَقِتَالُ الكُفَّارِ وَاجِبٌ، أي الكفار الذين امتنعوا عن الإسلام وعن أداء الجزية وإن لم يبدؤوا، وإنَّما ذكر هذا لأنَّ ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] يدلُّ علىٰ أنَّ قتال الكفار إنما يجب إذا بدؤوا بالمقاتلة، وليس كذلك بل يجب مقاتلتهم وإن لم يبدؤوا، اعلم أنَّ رسول الله عليه الصلاة والسلام كان مأمورًا في الابتداء بالصفح والإعراض عن المشركين قال الله تعالى: ﴿فَٱصْفَحِ ٱلصَّفْحَ ٱلْجَمِيلَ ۝٨٥﴾ [الحجر: ٨٥] وقال الله تعالى: ﴿وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْمُشْرِكِينَ ۝٩٤﴾ [الحجر: ٩٤] ثمَّ أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة بالأحسن قال الله تعالى: ﴿ٱدْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلْحِكْمَةِ وَٱلْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِ ۖ وَجَٰدِلْهُم بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ۚ﴾ [النحل: ١٢٥] ثمَّ أمر بالقتال إذا كانت البداءة منهم فقال: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا۟ ۚ﴾ [الحج: ٣٩] أي أذن لهم في الدفع وقال الله تعالى: ﴿فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] وقال الله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا۟ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١] ثمَّ أمر بالقتال ابتداءً في بعض الأزمان قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] ثمَّ أمر بالبداءة بالقتال مطلقًا في الأزمان كلها وفي الأماكن كلها قال الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [الأنفال: ٣٩].

الأَعْيَانِ كَمَا فِي الصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ النَّفِيرِ؛ لِأَنَّ بِغَيْرِهِمَا مَقْنَعًا فَلَا ضَرُورَةَ إِلَىٰ إِبْطَالِ حَقِّ المَوْلَىٰ وَالزَّوْجِ (وَيُكْرَهُ الجُعْلُ مَا دَامَ لِلْمُسْلِمِينَ فَيْءٌ) لِأَنَّهُ يُشْبِهُ الأَجْرَ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَالَ بَيْتِ المَالِ مُعَدٌّ لِنَوَائِبِ المُسْلِمِينَ.

قَالَ: (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُقَوِّيَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا) لِأَنَّ فِيهِ دَفْعَ الضَّرَرِ الأَعْلَىٰ بِإِلْحَاقِ الأَدْنَىٰ، يُؤَيِّدُهُ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَخَذَ دُرُوعًا مِنْ صَفْوَانَ» وَعُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ يُغْزِي الأَعْزَبَ عَنْ ذِي الحَلِيلَةِ، وَيُعْطِي الشَّاخِصَ فَرَسَ القَاعِدِ.

قوله: وَيُكْرَهُ الجُعْلُ، أراد بالجعل ما يضرب الإمام للغزاة على الناس بما يتقوي به الذين يخرجون إلى الجهاد.

قوله: فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُقَوِّيَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، لأنه إعانة على البرِّ وجهاد بالمال وكلاهما منصوصان، وأحوال الناس في الجهاد تتفاوت، فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما، ومنهم من يقدر عليه بالنفس لقدرته دون المال لفقره، ومنهم من يقدر بالمال لغناه دون النفس لعجزه فيجهز الغني بماله للفقير القادر حتى يكون الخارج مجاهدًا بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون كالبنيان يشدُّ بعضهم بعضًا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

بَابُ كَيْفِيَّةِ القِتَالِ

(وَإِذَا دَخَلَ المُسْلِمُونَ دَارَ الحَرْبِ فَحَاصَرُوا مَدِينَةً أَوْ حِصْنًا دَعَوْهُمْ إِلَى الإِسْلَامِ) لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - مَا قَاتَلَ قَوْمًا حَتَّىٰ دَعَاهُمْ إِلَى الإِسْلَامِ».

قَالَ: (فَإِنْ أَجَابُوا كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وَقَدْ قَالَ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّىٰ يَقُولُوا لَا إِلٰهَ إِلَّا اللهُ» الحَدِيثَ.

(وَإِنِ امْتَنَعُوا دَعَوْهُمْ إِلَىٰ أَدَاءِ الجِزْيَةِ) بِهِ أَمَرَ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أُمَرَاءَ الجُيُوشِ، وَلِأَنَّهُ أَحَدُ مَا يَنْتَهِي بِهِ القِتَالُ عَلَىٰ مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، وَهٰذَا فِي حَقِّ مَنْ تُقْبَلُ مِنْهُ الجِزْيَةُ، وَمَنْ لَا تُقْبَلُ مِنْهُ

باب كيفية القتال

قوله: فَحَاصَرُوا مَدِينَةً أَوْ حِصْنًا، حاصروا العدوَّ محاصرةً وحصارًا إذا ضيَّقوا عليه وأحاطوا به، مدن الرجل بالمكان أقام، ومنه سُمي المدينة حصنًا، والحِصن بالكسر كل مكان محميٍّ محرزٍ لا يتوصَّل إلىٰ ما في جوفه فالمدينة أكبَرُ من الحصن.

قوله: عَلَىٰ مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، وهوقوله تعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾ إلىٰ أن قال: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩].

كَالْمُرْتَدِّينَ وَعَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنَ العَرَبِ لَا فَائِدَةَ فِي دُعَائِهِمْ إِلَىٰ قَبُولِ الجِزْيَةِ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الإِسْلَامُ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿تُقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾ [الفتح: ١٦] (فَإِنْ بَذَلُوهَا فَلَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى المُسْلِمِينَ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: إِنَّمَا بَذَلُوا الجِزْيَةَ لِيَكُونَ دِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا، وَالْمُرَادُ بِالْبَذْلِ القَبُولُ وَكَذَا المُرَادُ بِالْإِعْطَاءِ المَذْكُورِ فِيهِ فِي القُرْآنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَاتِلَ مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ الدَّعْوَةُ إِلَى الإِسْلَامِ إِلَّا أَنْ يَدْعُوهُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي وَصِيَّةِ أُمَرَاءِ الأَجْنَادِ «فَادْعُهُمْ إِلَىٰ شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ» وَلِأَنَّهُمْ بِالدَّعْوَةِ يَعْلَمُونَ أَنَّا نُقَاتِلُهُمْ عَلَى الدِّينِ لَا عَلَىٰ سَلْبِ الأَمْوَالِ وَسَبْيِ الذَّرَارِيِّ فَلَعَلَّهُمْ يُجِيبُونَ فَنُكْفَىٰ مُؤْنَةُ القِتَالِ، وَلَوْ قَاتَلَهُمْ قَبْلَ الدَّعْوَةِ أَثِمَ لِلنَّهْيِ،

قوله: وَالْمُرَادُ بِالْبَذْلِ القَبُولُ، بطريق إطلاق اسم المسبب على السبب إذ القبول سبب البذل لأنه مفضٍ إليه، وهذا كما في قوله تعالى: ﴿فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [التوبة: ٥] أي قبلوا.

قوله: وَكَذَا المُرَادُ بِالْإِعْطَاءِ المَذْكُورِ فِيهِ فِي القُرْآنِ، أراد به قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ﴾.

قوله: فَنُكْفَىٰ مُؤْنَةُ القِتَالِ، بالنون على بناء المفعول.

قوله: لِلنَّهْيِ، وهو ما رُوِيَ أنه عليه الصلاة والسلام قال لعليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه:

وَلَا غَرَامَةَ لِعَدَمِ العَاصِمِ وَهُوَ الدِّينُ أَوِ الإِحْرَازُ بِالدَّارِ فَصَارَ كَقَتْلِ النِّسْوَانِ وَالصِّبْيَانِ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَدْعُوَ مَنْ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ) مُبَالَغَةً فِي الإِنْذَارِ، وَلَا يَجِبُ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَغَارَ عَلَىٰ بَنِي المُصْطَلِقِ وَهُمْ غَارُّونَ» ، «وَعَهِدَ إِلَىٰ أُسَامَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنْ يُغِيرَ عَلَىٰ أُبْنَىٰ صَبَاحًا ثُمَّ يُحَرِّقَ» وَالْغَارَةُ لَا تَكُونُ بِدَعْوَةٍ.

قَالَ: (فَإِنْ أَبَوْا ذٰلِكَ اسْتَعَانُوا بِاللهِ عَلَيْهِمْ وَحَارَبُوهُمْ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ سُلَيْمَانَ بْنِ بُرَيْدَةَ «فَإِنْ أَبَوْا ذٰلِكَ فَادْعُهُمْ إِلَىٰ إِعْطَاءِ الجِزْيَةِ ... إِلَىٰ أَنْ قَالَ: فَإِنْ أَبَوْهَا فَاسْتَعِنْ بِاللهِ عَلَيْهِمْ وَقَاتِلْهُمْ» وَلِأَنَّهُ تَعَالَىٰ هُوَ النَّاصِرُ لِأَوْلِيَائِهِ وَالْمُدَمِّرُ عَلَىٰ أَعْدَائِهِ فَيُسْتَعَانُ بِهِ فِي كُلِّ الأُمُورِ.

قَالَ: (وَنَصَبُوا عَلَيْهِمُ المَجَانِيقَ) كَمَا نَصَبَ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

«ولا تقاتل قومًا حتى تدعوهم إلى الإسلام، لَأَن يهدي الله تعالىٰ أحدًا علىٰ يديك خير لك ممَّا طلعت عليه الشمس وغربت».

قوله: وَلَا غَرَامَةَ لِعَدَمِ العَاصِمِ وَهُوَ الدِّينُ، أي عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ، أَوِ الإِحْرَازُ بِالدَّارِ، عندنا، وقال الشافعي رحمه الله تعالى يضمن لحرمة القتل، قلنا: العاصم عندك هو الدين ولم يوجد ومجرَّد حرمة القتل لا تكفي لوجوب الضمان كما في قتل النساء والصبيان، وعندنا الإحراز بالدَّار ولم يوجد.

قوله: أُبْنَىٰ، بوزن حُبْلَىٰ موضع بالشام.

وَالسَّلَامُ - عَلَى الطَّائِفِ (وَحَرَّقُوهُمْ) لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَحْرَقَ البُوَيْرَةَ.

قَالَ: (وَأَرْسَلُوا عَلَيْهِمُ المَاءَ وَقَطَّعُوا أَشْجَارَهُمْ وَأَفْسَدُوا زُرُوعَهُمْ) لِأَنَّ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ إلْحَاقَ الكَبْتِ وَالْغَيْظِ بِهِمْ وَكَسْرِ شَوْكَتِهِمْ وَتَفْرِيقِ جَمْعِهِمْ فَيَكُونُ مَشْرُوعًا، (وَلَا بَأْسَ بِرَمْيِهِمْ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ) لِأَنَّ فِي الرَّمْيِ دَفْعَ الضَّرَرِ العَامِّ بِالذَّبِّ عَنْ بَيْضَةِ الإِسْلَامِ، وَقَتْلُ الأَسِيرِ وَالتَّاجِرِ ضَرَرٌ خَاصٌّ، وَلِأَنَّهُ قَلَّمَا يَخْلُو حِصْنٌ عَنْ مُسْلِمٍ، فَلَوِ امْتَنَعَ بِاعْتِبَارِهِ لَانْسَدَّ بَابُهُ.

(وَإِنْ تَتَرَّسُوا بِصِبْيَانِ المُسْلِمِينَ أَوْ بِالْأُسَارَىٰ لَمْ يَكُفُّوا عَنْ رَمْيِهِمْ)

قوله: البُوَيْرَةَ: الدُّويرة بوزن لفظ مصغر الدار موضع.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِرَمْيِهِمْ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ، وقال الحسن بن زياد: إذا علم أنَّ فيهم مسلمًا وأنه يتلف بِهذا الصنع لم يحل ذلك لأنَّ الإقدام على قتل المسلم حرامٌ وترك قتل الكافر جائزٌ، ألا ترىٰ أنَّ للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين وكان مراعاة جانب المسلم أوْلىٰ، ولكنَّا نقول: أمرنا بقتالهم ولو اعتبَرنا هذا المعنى أدّىٰ إلىٰ سدِّ باب القتال معهم فإنَّ حصونَهم ومداينهم قلَّ ما تخلوا عن مسلمٍ عادةً، ولأنه يجوز لنا أن نفعل ذلك بِهم وإن كان فيهم نساؤهم وصبيانَهم، فكما لا يحلُّ قتل المسلم لا يحلُّ قتل نسائهم وصبيانِهم، كذا في المبسوط.

قوله: عَنْ بَيْضَةِ الإِسْلَامِ، أي مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها، وهو أنَّها مجتمعة كما أنَّ تلك مجتمع الولد، كذا في المغرب.

لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَيَقْصِدُونَ بِالرَّمْيِ الكُفَّارَ) لِأَنَّهُ إِنْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فِعْلًا فَلَقَدْ أُمْكِنَ قَصْدًا، وَالطَّاعَةُ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، وَمَا أَصَابُوهُ مِنْهُمْ لَا دِيَةَ عَلَيْهِمْ وَلَا كَفَّارَةَ لِأَنَّ الجِهَادَ فَرْضٌ وَالْغَرَامَاتُ لَا تُقْرَنُ بِالْفُرُوضِ، بِخِلَافِ حَالَةِ المَخْمَصَةِ لِأَنَّهُ لَا يُمْتَنَعُ مَخَافَةَ الضَّمَانِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءِ نَفْسِهِ، أَمَّا الجِهَادُ فَمَبْنِيٌّ عَلَىٰ إِتْلَافِ النَّفْسِ فَيُمْتَنَعُ حِذَارَ الضَّمَانِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِإِخْرَاجِ النِّسَاءِ وَالْمَصَاحِفِ مَعَ المُسْلِمِينَ إِذَا كَانُوا

قوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّ فِي الرَّمْيِ دَفْعَ الضَّرَرِ العَامِّ.

قوله: وَمَا أَصَابُوهُ مِنْهُمْ لَا دِيَةَ عَلَيْهِمْ وَلَا كَفَّارَةَ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: فيه الدية والكفارة لأنَّ هذا هو عين صورة قتل الخطأ لأنه يقصد بالرمي الكافرَ فيصيب المسلمَ، وإنَّا نقول: إذا كان عالمًا بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأً بل كان مباحًا مطلقًا والمباح المطلق لا يوجب الكفارة والدية، كذا في المبسوط، فإن قيل: ينبغي أن تجب الدية عليهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس في الإسلام دمٌ مقرجٌ» أي مبطلٌ، قلنا: خُصَّ عن هذا الحديث قاتل قطاع الطريق والبغاة فيخص المتنازع فيه لضرورة إعلاء كلمة الله تعالىٰ.

قوله: بِخِلَافِ حَالَةِ المَخْمَصَةِ، أي يجب الضمان إذا أكل مال الغير حالة المخمصة، وهذه هي التي قاسَ عليها الحسن بن زياد فقال: إطلاق الرمي لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان، كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة فيجب الضمان، هذا بخلاف حالة المخمصة لأنه لا يمتنع عن تناول مال الغير مخافة الضمان لأن فيه إحياء نفسه، أمَّا الجهاد فلأنَّ بناءه على إتلاف نفس سواد الكفار وقد يكون مسلمون فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن القتال وهو فرضٌ.

عَسْكَرًا عَظِيمًا يُؤْمَنُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الغَالِبَ هُوَ السَّلَامَةُ وَالْغَالِبُ كَالْمُتَحَقِّقِ (وَيُكْرَهُ إِخْرَاجُ ذَٰلِكَ فِي سَرِيَّةٍ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا) لِأَنَّ فِيهِ تَعْرِيضَهُنَّ عَلَى الضَّيَاعِ وَالْفَضِيحَةِ وَتَعْرِيضَ المَصَاحِفِ عَلَى الِاسْتِخْفَافِ فَإِنَّهُمْ يَسْتَخِفُّونَ بِهَا مُغَايَظَةً لِلْمُسْلِمِينَ، وَهُوَ التَّأْوِيلُ الصَّحِيحُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تُسَافِرُوا بِالْقُرْآنِ فِي أَرْضِ العَدُوِّ» وَلَوْ دَخَلَ مُسْلِمٌ إِلَيْهِمْ بِأَمَانٍ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَحْمِلَ مَعَهُ المُصْحَفَ إِذَا كَانُوا قَوْمًا يَفُونَ بِالْعَهْدِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّعَرُّضِ، وَالْعَجَائِزُ يَخْرُجْنَ فِي العَسْكَرِ العَظِيمِ لِإِقَامَةِ عَمَلٍ يَلِيقُ بِهِنَّ كَالطَّبْخِ وَالسَّقْيِ وَالْمُدَاوَاةِ، فَأَمَّا الشَّوَابُّ فَمَقَامُهُنَّ فِي البُيُوتِ أَدْفَعُ لِلْفِتْنَةِ، وَلَا يُبَاشِرْنَ القِتَالَ لِأَنَّهُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَىٰ ضَعْفِ المُسْلِمِينَ إِلَّا عِنْدَ ضَرُورَةٍ، وَلَا يُسْتَحَبُّ إِخْرَاجُهُنَّ لِلْمُبَاضَعَةِ وَالْخِدْمَةِ، فَإِنْ كَانُوا لَا بُدَّ مُخْرِجِينَ فَبِالْإِمَاءِ دُونَ الحَرَائِرِ.

(وَلَا تُقَاتِلُ المَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا وَلَا العَبْدُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (إِلَّا أَنْ يَهْجُمَ العَدُوُّ عَلَىٰ بَلَدٍ لِلضَّرُورَةِ) وَيَنْبَغِي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ لَا يَغْدِرُوا وَلَا يَغُلُّوا وَلَا يُمَثِّلُوا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تَغُلُّوا وَلَا تَغْدِرُوا وَلَا تُمَثِّلُوا» وَالْغُلُولُ: السَّرِقَةُ مِنَ المَغْنَمِ، وَالْغَدْرُ: الخِيَانَةُ وَنَقْضُ العَهْدِ، وَالْمُثْلَةُ المَرْوِيَّةُ فِي قِصَّةِ العُرَنِيِّينَ مَنْسُوخَةٌ بِالنَّهْيِ

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لتقدُّم حق المولىٰ والزوج.

قوله: وَالْمُثْلَةُ المَرْوِيَّةُ فِي قِصَّةِ العُرَنِيِّينَ مَنْسُوخَةٌ بِالنَّهْيِ المُتَأَخِّرِ، قال عليه

الْمُتَأَخِّرِ هُوَ الْمَنْقُولُ.

(وَلَا يَقْتُلُوا امْرَأَةً وَلَا صَبِيًّا وَلَا شَيْخًا فَانِيًا وَلَا مُقْعَدًا وَلَا أَعْمَىٰ) لِأَنَّ الْمُبِيحَ لِلْقَتْلِ عِنْدَنَا هُوَ الحِرَابُ وَلَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُمْ، وَلِهٰذَا لَا يُقْتَلُ يَابِسُ الشَّقِّ وَالْمَقْطُوعُ الْيُمْنَىٰ وَالْمَقْطُوعُ يَدُهُ وَرِجْلُهُ مِنْ خِلَافٍ، وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - عَلَيْهِ يُخَالِفُنَا فِي الشَّيْخِ الفَانِي وَالْمُقْعَدِ وَالْأَعْمَىٰ لِأَنَّ الْمُبِيحَ عِنْدَهُ الكُفْرُ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ قَتْلِ الصِّبْيَانِ وَالذَّرَارِيِّ» «وَحِينَ رَأَىٰ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - امْرَأَةً مَقْتُولَةً قَالَ:

الصلاة والسلام: «لا تمثلوا بنامية الله تعالىٰ» أي بخلق الله تعالى، وروي عن عمران بن الحصين رضي الله عنه أنه قال: ما قام رسول الله عليه الصلاة والسلام فينا خطيبًا بعد ما مثل بالعرنيين إلَّا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة، فتخصيصه بالذكر في كل خطبةٍ دليلٌ على تأكيد الحرمة، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا شَيْخًا فَانِيًا، ذكر في الذخيرة: هذا الجواب في الشيخ الفانِي الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين، ولا يقدر على الإحبال لأنه إذا كان قادرًا على الإحبال يجيء منه الولد فيكثر من يحارب المسلمين.

قوله: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ يُخَالِفُنَا فِي الشَّيْخِ الفَانِي وَالْمُقْعَدِ، إلىٰ قوله: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ قوله: وَلِهٰذَا لَا يُقْتَلُ يَابِسُ الشَّقِّ، أي لو كان نفس الكفر علةً لقُتِل يابس الشق والمقطوع اليمنىٰ والمقطوع يده ورجله من خلاف.

قوله: وَالذَّرَارِيِّ، أي النساء ههنا.

هَاهْ، مَا كَانَتْ هٰذِهِ تُقَاتِلُ فَلِمَ قُتِلَتْ؟».

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هٰؤُلَاءِ مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الحَرْبِ أَوْ تَكُونَ المَرْأَةُ مَلِكَةً) لِتَعَدِّي ضَرَرِهَا إِلَى العِبَادِ، وَكَذَا يُقْتَلُ مَنْ قَاتَلَ مِنْ هٰؤُلَاءِ دَفْعًا لِشَرِّهِ، وَلِأَنَّ القِتَالَ مُبِيحٌ حَقِيقَةً (وَلَا يَقْتُلُوا مَجْنُونًا) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُخَاطَبٍ إِلَّا أَنْ يُقَاتِلَ فَيُقْتَلَ دَفْعًا لِشَرِّهِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ يُقْتَلَانِ مَا دَامَا يُقَاتِلَانِ، وَغَيْرُهُمَا لَا بَأْسَ بِقَتْلِهِ بَعْدَ الأَسْرِ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ العُقُوبَةِ لِتَوَجُّهِ الخِطَابِ نَحْوَهُ، وَإِنْ كَانَ يُجَنُّ وَيُفِيقُ فَهُوَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يَبْتَدِئَ الرَّجُلُ أَبَاهُ مِنَ المُشْرِكِينَ فَيَقْتُلَهُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وَلِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ إِحْيَاؤُهُ بِالْإِنْفَاقِ فَيُنَاقِضُهُ الإِطْلَاقُ فِي إِفْنَائِهِ (فَإِنْ أَدْرَكَهُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ حَتَّىٰ يَقْتُلَهُ غَيْرُهُ) لِأَنَّ المَقْصُودَ يَحْصُلُ بِغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ اقْتِحَامِهِ المَأْثَمَ، وَإِنْ قَصَدَ

قوله: هَاهْ، هي كلمة تعجب.

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هٰؤُلَاءِ مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الحَرْبِ، وقد صحَّ أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنةً، وفي رواية ابن مائة وستين سنةً لأنه كان صاحب رأيٍ، كذا في الذخيرة.

قوله: فَإِنْ أَدْرَكَهُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ، وذكر في الذخيرة: وإذا ظفر الابن بأبيه في الصفِّ لا ينبغي أن يقصده بالقتل ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربًا على المسلمين ولكنه يلجئه إلىٰ موضع يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله، ولو كان المشرك أخًا له له

الأَبُ قَتْلَهُ بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الدَّفْعُ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ شَهَرَ الأَبُ المُسْلِمُ سَيْفَهُ عَلَى ابْنِهِ وَلَا يُمْكِنُهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ يَقْتُلُهُ لِمَا بَيَّنَّا فَهٰذَا أَوْلَىٰ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

أن يبتدئ بقتله، فإن قيل: قد سوَّىٰ بين الأخ الباغي والأب الباغي حتى لا يحلُّ للعادل أن يبتدئ كل واحد منهما بالقتل فلِمَ فرَّق هنا بينهما؟ قلنا: الأخ إذا كان مسلمًا يجب إحياؤه بالإنفاق عليه وكذا يجب إحياؤه بالكفِّ عن قتله وإن كان باغيًا، وإذا كان كافرًا لا يجب إحياؤه بالإنفاق عليه فكذا لا يجب إحياؤه بالكفِّ عن قتله، بخلاف الوالدين فإنه يجب إحياؤهما إذا كانا كافرين بالإنفاق عليهما فكذا يجب الإحياء بالكفِّ عن قتلهما، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ المُوَادَعَةِ وَمَنْ يَجُوزُ أَمَانَهُ

(وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ أَنْ يُصَالِحَ أَهْلَ الحَرْبِ أَوْ فَرِيقًا مِنْهُمْ وَكَانَ ذٰلِكَ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ بِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللهِ﴾ [الأنفال: ٦١] «وَوَادَعَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَهْلَ مَكَّةَ عَامَ الحُدَيْبِيَةِ عَلَىٰ أَنْ يَضَعَ الحَرْبَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ عَشْرَ سِنِينَ» ، وَلِأَنَّ المُوَادَعَةَ جِهَادٌ مَعْنًى إِذَا كَانَ خَيْرًا لِلْمُسْلِمِينَ لِأَنَّ المَقْصُودَ وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ حَاصِلٌ بِهِ،

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

قوله: وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ أَنْ يُصَالِحَ أَهْلَ الحَرْبِ أَوْ فَرِيقًا مِنْهُمْ وَكَانَ ذٰلِكَ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ بِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾، ولا يجب عليه لأنَّ الصلح إنَّما شرع نفعًا في حقِّ المسلمين فلو وجب لصار حقًّا عليهم فينقلب الحكم على عكسه، وهذا كالاصطياد شُرِع حقًّا لنا فلو وجب لصار حقًّا علينا، فإن قيل: الآية عامة تقتضي أن لا يكون في المصالحة بأس سواء كانت مصلحة أو لم تكن وقد قيِّدت بالمصلحة، قلنا: هذه الآية محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرىٰ وهي قوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا۟ وَتَدۡعُوٓا۟ إِلَى ٱلسَّلۡمِ وَأَنتُمُ ٱلۡأَعۡلَوۡنَ﴾ [محمد: ٣٥] وبدليل الآيات الموجبة للقتال وإلَّا يلزم التناقض لأنَّ موجب الأمر بالقتال مخالفٌ لموجب الأمر بالمصالحة فلا بُدَّ من التوفيق بينهما وهو ما ذكر في الكتاب.

وَلَا يُقْتَصَرُ الحُكْمُ عَلَى المُدَّةِ المَرْوِيَّةِ لِتَعَدِّي المَعْنَىٰ إِلَىٰ مَا زَادَ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ خَيْرًا؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنًى.

(وَإِنْ صَالَحَهُمْ مُدَّةً ثُمَّ رَأَىٰ نَقْضَ الصُّلْحِ أَنْفَعَ نَبَذَ إِلَيْهِمْ وَقَاتَلَهُمْ) «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَبَذَ المُوَادَعَةَ الَّتِي كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ مَكَّةَ» ، وَلِأَنَّ المَصْلَحَةَ لَمَّا تَبَدَّلَتْ كَانَ النَّبْذُ جِهَادًا وَإِيفَاءُ العَهْدِ تَرْكُ الجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنًى، وَلَا بُدَّ مِنَ النَّبْذِ تَحَرُّزًا عَنِ الغَدْرِ، وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي العُهُودِ وَفَاءٌ لَا غَدْرٌ» وَلَا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ مُدَّةٍ يَبْلُغُ فِيهَا خَبَرُ النَّبْذِ إِلَىٰ جَمِيعِهِمْ، وَيَكْتَفِي فِي ذٰلِكَ بِمُضِيِّ مُدَّةٍ يَتَمَكَّنُ مَلِكُهُمْ بَعْدَ عِلْمِهِ بِالنَّبْذِ مِنْ إِنْفَاذِ الخَبَرِ إِلَىٰ أَطْرَافِ مَمْلَكَتِهِ؛

قوله: وَلَا يُقْتَصَرُ الحُكْمُ عَلَى المُدَّةِ المَرْوِيَّةِ، وهي عشر سنين فكانت هذه المدَّة من المقدَّرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان، لأنَّ مدة الموادعة تدورُ مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص.

قوله: لِتَعَدِّي المَعْنَىٰ، وهو دفع الشرِّ لما أنه يحتمل أن يكون مصلحة المسلمين فيما زاد على عشر سنين، بخلاف ما إذا لم يكن خيرًا حيث لا يجوز للإمام أن يوادعهم لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا۟ وَتَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلسَّلْمِ﴾ ولأنَّ قتال المشركين فرضٌ وترك ما هو فرضٌ من غير عذر لا يجوز.

قوله: لِأَنَّهُ تَرَكَ الجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنًى، أمَّا صورةً فظاهرٌ حيث ترك القتال، وأمَّا معنًى فإنه لما لم تكن فيه مصلحة للمسلمين لم تكن في تلك الموادعة دفع الشرِّ فلم يحصل الجهاد معنًى أيضًا.

لِأَنَّ بِذٰلِكَ يَنْتَفِي الغَدْرُ.

قَالَ: (وَإِنَّ بَدَءُوا بِخِيَانَةٍ قَاتَلَهُمْ وَلَمْ يُنْبِذْ إِلَيْهِمْ إِذَا كَانَ ذٰلِكَ بِاتِّفَاقِهِمْ) لِأَنَّهُمْ صَارُوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ فَلَا حَاجَةَ إِلَىٰ نَقْضِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ فَقَطَعُوا الطَّرِيقَ وَلَا مَنَعَةَ لَهُمْ حَيْثُ لَا يَكُونُ هٰذَا نَقْضًا لِلْعَهْدِ، وَلَوْ كَانَتْ لَهُمْ مَنَعَةٌ وَقَاتَلُوا المُسْلِمِينَ عَلَانِيَةً يَكُونُ نَقْضًا لِلْعَهْدِ فِي حَقِّهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّهُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَلِكِهِمْ فَفِعْلُهُمْ لَا يُلْزِمُ غَيْرَهُمْ حَتَّىٰ لَوْ كَانَ بِإِذْنِ مَلِكِهِمْ صَارُوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ لِأَنَّهُ بِاتِّفَاقِهِمْ مَعْنًى.

(وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ مُوَادَعَةَ أَهْلِ الحَرْبِ وَأَنْ يَأْخُذَ عَلَىٰ ذٰلِكَ مَالًا فَلَا بَأْسَ بِهِ) لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَتِ المُوَادَعَةُ بِغَيْرِ المَالِ فَكَذَا بِالْمَالِ، لٰكِنْ هٰذَا إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةٌ، أَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَا يَجُوزُ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَالْمَأْخُوذُ مِنَ المَالِ يُصْرَفُ مَصَارِفَ الجِزْيَةِ، هٰذَا إِذَا لَمْ يَنْزِلُوا بِسَاحَتِهِمْ بَلْ أَرْسَلُوا رَسُولًا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الجِزْيَةِ، أَمَّا إِذَا أَحَاطَ الجَيْشُ بِهِمْ ثُمَّ أَخَذُوا المَالَ فَهُوَ غَنِيمَةٌ يُخَمِّسُهَا وَيُقَسِّمُ البَاقِيَ بَيْنَهُمْ لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ بِالْقَهْرِ مَعْنًى.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، أنَّ المقصود من الجهاد إعلاء كلمة الله تعالىٰ لا سلب الأموال، إلَّا أن أخذ المال يجوز لحاجة المسلمين كالجزية.

قوله: إِذَا لَمْ يَنْزِلُوا بِسَاحَتِهِمْ، أي إذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب.

(وَأَمَّا الْمُرْتَدُّونَ فَيُوَادِعُهُمُ الإِمَامُ حَتَّىٰ يَنْظُرَ فِي أَمْرِهِمْ) لِأَنَّ الإِسْلَامَ مَرْجُوٌّ مِنْهُمْ فَجَازَ تَأْخِيرُ قِتَالِهِمْ طَمَعًا فِي إِسْلَامِهِمْ (وَلَا يَأْخُذُ عَلَيْهِ مَالًا) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ الجِزْيَةِ مِنْهُمْ لِمَا نُبَيِّنُ (وَلَوْ أَخَذَهُ لَمْ يَرُدَّهُ) لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُ مَعْصُومٍ، وَلَوْ حَاصَرَ العَدُوُّ المُسْلِمِينَ وَطَلَبُوا المُوَادَعَةَ عَلَىٰ مَالٍ يَدْفَعُهُ المُسْلِمُونَ إِلَيْهِمْ لَا يَفْعَلُهُ الإِمَامُ لِمَا فِيهِ مِنْ إِعْطَاءِ الدَّنِيَّةِ وَإِلْحَاقِ المَذَلَّةِ بِأَهْلِ الإِسْلَامِ إِلَّا إِذَا خَافَ الهَلَاكَ،

قوله: وَلَوْ أَخَذَهُ لَمْ يَرُدَّهُ لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُ مَعْصُومٍ، وفي الرد عليهم معونةٌ لهم على القتال.

قوله: إِلَّا إِذَا خَافَ الهَلَاكَ، أي إذا خافَ الإمامُ الهلاكَ على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذٍ لا بأس أن يفعله، لِمَا رُوِي أنَّ المشركين لمَّا أحاطوا بالخندق وصار المسلمون كما قال الله تعالى: ﴿هُنَالِكَ ٱبْتُلِيَ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَزُلْزِلُوا۟ زِلْزَالًا شَدِيدًا ﴿١١﴾﴾ [الأحزاب: ١١] بَعَثَ رسول الله عليه الصلاة والسلام إلىٰ عُيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه علىٰ أن يعطيه كل سنة ثُلث ثمار المدينة فأبىٰ إلَّا النصف، فلمَّا حضر رُسُله ليكتبوا بين يديَّ رسول الله عليه الصلاة والسلام قام سيِّد الأنصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا: يا رسول الله! إن كان هذا وحيًا فامض لِمَا أمرْتَ به، وإن كان رأيًا رأيتَه فقد كنَّا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين، وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة إلا شراءً أو قرى، فإذا أعزَّنا الله تعالى بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية؟ لا نعطيهم إلَّا بالسيف، فقال عليه الصلاة والسلام: إنِّي رأيتُ العربَ رمتكم عن قوسٍ واحدةٍ فأحببتُ أن أصرفهم عنكم، فإن أبيتم ذلك فأنتم وذاك، اذهبوا ولا نعطيكم إلَّا بالسيف، فقد مال رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى الصلح في الابتداء

لِأَنَّ دَفْعَ الهَلَاكِ وَاجِبٌ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمْكِنُ.

(وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ السِّلَاحُ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَلَا يُجَهَّزُ إِلَيْهِمْ) لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ السِّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَحَمْلِهِ إِلَيْهِمْ، وَلِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَهُمْ عَلَىٰ قِتَالِ المُسْلِمِينَ فَيُمْنَعُ مِنْ ذٰلِكَ وَكَذَا الكُرَاعُ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذٰلِكَ الحَدِيدُ لِأَنَّهُ أَصْلُ السِّلَاحِ، وَكَذَا بَعْدَ المُوَادَعَةِ؛ لِأَنَّهَا عَلَىٰ شَرَفِ النَّقْضِ أَوِ الِانْقِضَاءِ فَكَانُوا حَرْبًا عَلَيْنَا، وَهٰذَا هُوَ القِيَاسُ فِي الطَّعَامِ وَالثَّوْبِ، إِلَّا أَنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ «فَإِنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَمَرَ ثُمَامَةَ أَنْ يَمِيرَ أَهْلَ مَكَّةَ وَهُمْ حَرْبٌ عَلَيْهِ» .

لمَّا أحسَّ الضعفَ بالمسلمين فحين رأى القوَّة فيهم بما قال السعدان امتنع من ذلك، وقد كان رسول الله عليه الصلاة والسلام يعطي المؤلفة قلوبَهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين، فدلَّ أنه لا بأس بذلك عند خوف الضرر، كذا في المبسوط.

قوله: لِأَنَّ دَفْعَ الهَلَاكِ وَاجِبٌ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمْكِنُ، وفي هذا التعميم شبهة، وهي أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلَّا بقتل غيره لا يجب عليه دفع الهلاك عن نفسه بقتل غيره بل الصبر عن قتل الغير واجبٌ، وكذلك لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلَّا بالزنا، فكان معنى المذكور في الكتاب: لأنَّ دفع الهلاك واجبٌ بأيِّ طريقٍ يمكن سوى المستثنيات التي لا إباحة في مباشرتِها أو رخَّص فيها ولم يجب الإقدام عليها، يقال: مار أهله أي أتاهم بالطعام، والله أعلم بالصواب.

فصلٌ في الأَمَانِ

(إِذَا أَمَّنَ رَجُلٌ حُرٌّ أَوِ امْرَأَةٌ حُرَّةٌ كَافِرًا أَوْ جَمَاعَةً أَوْ أَهْلَ حِصْنٍ أَوْ مَدِينَةٍ صَحَّ أَمَانُهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ قِتَالُهُمْ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَيَسْعَىٰ بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ» أَيْ أَقَلُّهُمْ وَهُوَ الْوَاحِدُ وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ

فصل في الأمان

قوله: صَحَّ أَمَانُهُمْ، هذا من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول وهو جماعة الكفار أو أهل الحصن منهم، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون تتكافأ دماؤهم» أي تتساوي في حكم القصاص والدية، لا فضلَ لشريفٍ على وضيعٍ، فيكون دليلاً على مساواة العبد الحرَّ في حكم القصاص ويسعىٰ بذمتهم أدناهم أي أقلهم لأنه يذكر الأدنىٰ ويراد الأقلّ، قال الله تعالى: ﴿وَلَآ أَدۡنَىٰ مِن ذَٰلِكَ وَلَآ أَكۡثَرَ﴾ [المجادلة: ٧] ويقال: أدنى الجمع ثلاثة، ثمَّ المراد من الأقلّ ههنا الواحد لأنه لا أقلّ منه، وسُئِلَ محمد رحمه الله تعالى عن ذلك فقال: أدنى المسلمين العبد، ولكنَّا نقول: أدناهم أقلُّهم فيكون دليلاً علىٰ صحَّة أمان الواحد، وقيل: المراد الفاسق لأنه لا يظنُّ برسول الله عليه الصلاة والسلام أن ينسب العبد الورع إلى الدناءة، وقيل: معناه أقربُهم إلىٰ أهل الحرب وهو من يسكن الثغور، مشتق من الدنوّ وهو القُرب لا من الدناءة، كذا في المبسوط.

قوله: وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ القِتَالِ، أي ولأنَّ كل واحد من الرجل والمرأة فإنَّها أيضًا من أهل القتال بالتسبيب وهو إمَّا بالمال أو بعبدها، وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «ما كانت

الْقِتَالِ فَيَخَافُونَهُ إِذْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْمَنَعَةِ فَيَتَحَقَّقُ الأَمَانُ مِنْهُ لِمُلَاقَاتِهِ مَحَلَّهُ ثُمَّ يَتَعَدَّىٰ إِلَىٰ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّ سَبَبَهُ لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الإِيمَانُ، وَكَذَا الأَمَانُ لَا يَتَجَزَّأُ فَيَتَكَامَلُ كَوِلَايَةِ الإِنْكَاحِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذٰلِكَ مَفْسَدَةٌ، فَيَنْبِذُ إِلَيْهِمْ) كَمَا إِذَا أَمَّنَ الإِمَامُ بِنَفْسِهِ ثُمَّ رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي النَّبْذِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، وَلَوْ حَاصَرَ الإِمَامُ حِصْنًا وَأَمِنَ وَاحِدٌ مِنَ الْجَيْشِ وَفِيهِ مَفْسَدَةٌ يَنْبِذُ الإِمَامُ لِمَا بَيَّنَّا، وَيُؤَدِّبُهُ الإِمَامُ لِافْتِيَاتِهِ عَلَىٰ رَأْيِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَفُوتُ

هذه تقاتل» أي بنفسها، وفي المبسوط: ورُوِيَ أنَّ زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها أمنت زوجها أبا العاص بن الربيع فأجاز رسول الله عليه وسلم أمانَها.

قوله: لِمُلَاقَاتِهِ مَحَلَّهُ، أي لملاقاة الأمان محله لأنَّ محل الأمان هو محل الخوف وهو موجود فيهما علىٰ ما ذكرنا، ثُمَّ يَتَعَدَّىٰ إِلَىٰ غَيْرِهِ، أي الأمان يتعدَّىٰ إلىٰ غيره أي غير الذي أمن من أهل الإسلام، كما في شهادة هلال رمضان، فيلزم عليه الصوم أوّلاً ثم يتعدَّىٰ منه إلىٰ غيره، ولذلك تقبل شهادة الفرد فيه لأنه غير متهم، ولأنَّ سببه وهو الإيمان أي التصديق بالقلب لا يتجزَّىٰ فكذا الأمان لا يتجزَّىٰ، كولاية الإنكاح فإنه إذا وجد الإنكاح من الأولياء المتساويين في الدرجة يلزم صحة النكاح في حقِّ كلِّ الأولياء لأنَّ سبب الولاية وهو القرابة غير متجز فلا تتجزى الولاية، نظيره الصغيرة إذا كان لها أخوان يكون لكلِّ واحد منهما ولاية التزويج فكذلك ههنا.

قوله: وَيُؤَدِّبُهُ الإِمَامُ، أي يؤدِّبُ الذي أمن، لافتياته على رأي الإمام واستبداده برأيه، افتعال من الفوت وهو السبق.

الْمَصْلَحَةُ بِالتَّأْخِيرِ فَكَانَ مَعْذُورًا (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ ذِمِّيٍّ) لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِهِمْ، وَكَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ: (وَلَا أَسِيرٍ وَلَا تَاجِرٍ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُمَا مَقْهُورَانِ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ فَلَا يَخَافُونَهُمَا وَالْأَمَانُ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الْخَوْفِ وَلِأَنَّهُمَا يُجْبَرَانِ عَلَيْهِ فِيهِ فَيَعْرَى الْأَمَانُ عَنِ الْمَصْلَحَةِ، وَلِأَنَّهُمْ كُلَّمَا اشْتَدَّ الْأَمْرُ عَلَيْهِمْ يَجِدُونَ أَسِيرًا أَوْ تَاجِرًا فَيَتَخَلَّصُونَ بِأَمَانِهِ فَلَا يَنْفَتِحُ لَنَا بَابُ الْفَتْحِ، وَمَنْ أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا لَا يَصِحُّ أَمَانُهُ لِمَا بَيَّنَّا.

(وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مَوْلَاهُ فِي الْقِتَالِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يَصِحُّ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ مَعَهُ فِي رِوَايَةٍ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي رِوَايَةٍ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَمَانُ

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أي من أنَّ الأمان يختصُّ بمحلِّ الخوف وهم لا يخافون المسلمَ في دار الحرب ولم يهاجر.

قوله: وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ العَبْدِ الْمَحْجُورِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مَوْلَاهُ فِي القِتَالِ، أمان العبد المأذون له في القتال صحيحٌ بالاتفاق، لِمَا رُوِيَ أنَّ عبدًا كتب علىٰ سهمه بالفارسية «مترسيد» ورمىٰ به إلى قوم محصورين فرفع ذلك إلىٰ عُمر ابن الخطاب رضي الله عنه فأجاز أمانه وقال إنه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلاً لأنَّ الرميَ فعل المقاتل.

الْعَبْدِ أَمَانٌ» رَوَاهُ أَبُو مُوسَى الأَشْعَرِيُّ، وَلِأَنَّهُ مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ فَيَصِحُّ أَمَانُهُ اعْتِبَارًا بِالْمَأْذُونِ لَهُ فِي القِتَالِ وَبِالْمُؤَيَّدِ مِنَ الأَمَانِ، فَالْإِيمَانُ لِكَوْنِهِ شَرْطًا لِلْعِبَادَةِ، وَالْجِهَادُ عِبَادَةٌ، وَالِامْتِنَاعُ لِتَحَقُّقِ إِزَالَةِ الخَوْفِ بِهِ، وَالتَّأْثِيرُ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ المَصْلَحَةِ فِي حَقِّ جَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ؛ إِذِ الكَلَامُ فِي مِثْلِ هٰذِهِ الحَالَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُ المُسَايَفَةَ لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْطِيلِ مَنَافِعِ المُوَلَّىٰ وَلَا تَعْطِيلَ فِي مُجَرَّدِ القَوْلِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ القِتَالِ فَلَا يَصِحُّ أَمَانُهُ لِأَنَّهُمْ لَا يَخَافُونَهُ فَلَمْ يُلَاقِ الأَمَانُ مَحَلَّهُ، بِخِلَافِ المَأْذُونِ لَهُ فِي القِتَالِ لِأَنَّ الخَوْفَ مِنْهُ مُتَحَقِّقٌ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا

قوله: وَبِالْمُؤَيَّدِ مِنَ الأَمَانِ، وهو عقد الذمَّة يعني إذا عقد حربيٌّ عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد، يصحُّ هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميًّا بالاتفاق، حتى تجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله، واعتبار وقت الذمَّة في أخذ الجزية من وقت العقد مع العبد.

قوله: فَالْإِيمَانُ لِكَوْنِهِ شَرْطًا لِلْعِبَادَةِ، يشير إلىٰ قوله: وَلِأَنَّهُ مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ، فيصحُّ جعل كونه مؤمنًا ممتنعًا علَّةً لصحَّة أمانه، يعني إنَّما شرط الإيمان لأنَّ الجهاد عبادة والكافرُ ليسَ بأهل لها، وشرطنا الامتناع أي كونه ذا امتناع وقوَّة ليكون الأمان من محله وهو الذي يخاف منه، بخلاف أمان الأسير أو التاجر الذي في أيديهم حيث لم يصحُّ لأنَّهم لا يخافونه.

قوله: وَالتَّأْثِيرُ إِعْزَازُ الدِّينِ، أي الفائدة في هذا الأمان إعزاز الدين وإقامة المصلحة لجماعة المسلمين، إِذِ الكَلَامُ فِي مِثْلِ هٰذِهِ الحَالَةِ، أي إنَّما يصحُّ أمان العبد المحجور على اعتبار أن يكون فيه نفعٌ للمسلمين.

لَا يَمْلِكُ الْمُسَايَفَةَ لِمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الْمُوَلَّىٰ عَلَىٰ وَجْهٍ لَا يَعْرَى عَنِ احْتِمَالِ الضَّرَرِ فِي حَقِّهِ، وَالْأَمَانُ نَوْعُ قِتَالٍ وَفِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُخْطِئُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ، وَفِيهِ سَدُّ بَابِ الِاسْتِغْنَامِ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ وَالْخَطَأُ نَادِرٌ لِمُبَاشَرَتِهِ الْقِتَالَ، وَبِخِلَافِ الْمُؤَبَّدِ لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّعْوَةِ إِلَيْهِ، وَلِأَنَّهُ مُقَابَلٌ بِالْجِزْيَةِ وَلِأَنَّهُ مَفْرُوضٌ عِنْدَ مَسْأَلَتِهِمْ ذٰلِكَ، وَإِسْقَاطُ الْفَرْضِ نَفْعٌ فَافْتَرَقَا.

وَلَوْ أَمِنَ الصَّبِيُّ وَهُوَ لَا يَعْقِلُ لَا يَصِحُّ كَالْمَجْنُونِ وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ وَهُوَ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ فَعَلَى الْخِلَافِ، وَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي الْقِتَالِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ.

قوله: وَالْأَمَانُ نَوْعُ قِتَالٍ، لأنَّ المقصود بالقتال دفع شرِّهم عن المسلمين وبالأمان يحصل ذلك فيكون نوع قتالٍ.

قوله: وَفِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، أي في أمان العبد المحجور ما ذكرنا في قتاله من أنه تصرُّف في حق المولىٰ علىٰ وجه لا يعرَى عن احتمال الضرَّر في حقه.

قوله: فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّعْوَةِ إِلَيْهِ، أي الأمان المؤبَّد بمنزلة الدعوة إلى الإسلام وللعبد ولاية عرض الإسلام علىٰ غيره.

قوله: وَإِسْقَاطُ الفَرْضِ نَفْعٌ، محضٌ، فيصحُّ منه كقبول الهبَّة والصدقة والأمان يتَردَّد بين النفع والضرر، ولهذا لا تفترَض الإجابة إليه والتصرف الذي فيه توهم الضرر في حقِّ المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه، فما فيه الضرر به وبالمسلمين ببطلان حقِّهم في الاستغنام أوْلىٰ أن لا يملكه بنفسه، والله أعلم بالصواب.

بَابُ الغَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا

(وَإِذَا فَتَحَ الإِمَامُ بَلْدَةً عَنْوَةً) أَيْ قَهْرًا (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَسَّمَهُ بَيْنَ المُسْلِمِينَ) كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِخَيْبَرَ (وَإِنْ شَاءَ أَقَرَّ أَهْلَهُ عَلَيْهِ وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الجِزْيَةَ وَعَلَىٰ أَرَاضِيهِمُ

باب الغنائم وقسمتها

الغنيمة عن أبي عبيدة ما نيل من أهل الشرك عنوةً والحرب قائمةٌ، وحكمها أن تخمّس وسائرها بعد الخمس للغانمين خاصة، والفيءُ ما نيل منهم بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الإسلام، وحكمه أن يكون لكافة المسلمين ولا يخمَّس، والنفل ما ينقله الغازي أي يعطاه زائدًا علىٰ سهمه وهو أن يقول الإمام أو الأمير: من قتل قتيلاً فله سلبه، أو قال: للسرية ما أصبتم فهو لكم أو ربعه أو نصفه، ولا يخمس وعلى الإمام الوفاء به، وعن علي بن عيسىٰ: الغنيمة أعمُّ من النفل والفيءُ أعمُّ من الغنيمة لأنه اسم لكل ما صار للمسلمين من أموال أهل الشرك، قال أبو بكر الرازي رحمه الله تعالىٰ: فالغنيمة فَيءٌ والجزية فَيءٌ ومال أهل الصلح فَيءٌ والخراج فَيءٌ لأنَّ ذلك كله ممَّا أفاء الله على المسلمين من المشركين، وعند الفقهاء كل ما يحلُّ أخذه من أموالهم فهو فَيءٌ.

قوله: عَنْوَةً أَيْ قَهْرًا، العنوة الذلَّة والخضوع، وقوله: قَهْرًا، ليس بتفسيرٍ لها لأنَّ عنىٰ: لازَمَ وقَهَر متعدٍّ بل بطريق المجاز لأنَّ من الذلة يلزم القهر.

قوله: كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِخَيْبَرَ، هذا الفعل منه ليس بحتمٍ وإلا لَمَا خالفه عُمَرُ رضي الله عنه.

الخَرَاجَ) كَذٰلِكَ فَعَلَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بِسَوَادِ العِرَاقِ بِمُوَافَقَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُحْمَدْ مَنْ خَالَفَهُ، وَفِي كُلٍّ مِنْ ذٰلِكَ قُدْوَةٌ فَيَتَخَيَّرُ، وَقِيلَ: الأَوْلَىٰ هُوَ الأَوَّلُ عِنْدَ حَاجَةِ الغَانِمِينَ، وَالثَّانِي عِنْدَ عَدَمِ الحَاجَةِ لِيَكُونَ عِدَّةً فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَهٰذَا فِي العَقَارِ، أَمَّا فِي المَنْقُولِ المُجَرَّدِ لَا يَجُوزُ المَنُّ بِالرَّدِّ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ فِيهِ، وَفِي العَقَارِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ فِي المَنِّ إِبْطَالَ حَقِّ الغَانِمِينَ

قوله: بِمُوَافَقَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ، وهو ما رُوِيَ أنه لمَّا استولى على العراقين والسواد شَاور الصحابة رضي الله عنهم في أراضيها فقال بعضهم: هي غنيمة فاقسِمْها بين الغانمين، وقال بعضهم بخلاف ذلك، فتوقَّف عُمر رضي الله عنه في ذلك فرجع إلى القرآن، فلمَّا جاء من الغد قال وجدتُ في كتاب الله تعالى ما أستغني به عن رأيكم فإنه قال: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ يَقُولُونَ﴾ [الحشر: ١٠] الآية، فلو قسمتها بينكم فما يكون لمن يجيء بعدكم؟ فاتفقوا على ذلك إلَّا عدد يسير، منهم بلال رضي الله عنه.

قوله: وَلَمْ يُحْمَدْ مَنْ خَالَفَهُ، كبلال وأصحابه رضي الله عنهم، فرُوِي أنه قال على المنبر: اللّٰهم أكفِني بلالاً وأصحابه، فما حال الحول حتَّىٰ ماتوا، فإن قيل: كيف ينعقد الإجماع مع خلافهم؟ قلنا: لا نعتبَر خلافهم مع إجماع أهل الفقه لأنَّهم أصحاب الظواهر.

قوله: وَفِي كُلٍّ مِنْ ذٰلِكَ قُدْوَةٌ، أي في كلٍّ من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل عُمر رضي الله تعالىٰ عنه.

قوله: أَمَّا فِي المَنْقُولِ المُجَرَّدِ، قيَّد بالمجرَّد لأنه يجوز المنُّ عليهم في المنقول بطريق التبعية للعقار.

قوله: لِأَنَّ فِي المَنِّ إِبْطَالَ حَقِّ الغَانِمِينَ، أي علىٰ مذهبنا، لا لأنَّا نقول بثبوت

أَوْ مِلْكِهِمْ فَلَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ يُعَادِلُهُ، وَالْخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادِلٍ لِقَتْلِهِ، بِخِلَافِ الرِّقَابِ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُمْ رَأْسًا بِالْقَتْلِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ، وَلِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا؛ لِأَنَّهُمْ كَالْأُكْرَةِ العَامِلَةِ لِلْمُسْلِمِينَ العَالِمَةِ بِوُجُوهِ الزِّرَاعَةِ، وَالْمُؤَنُ مُرْتَفِعَةٌ مَعَ مَا أَنَّهُ يَحْظَىٰ بِهِ الَّذِينَ يَأْتُونَ مِنْ بَعْدُ، وَالْخَرَاجُ وَإِنْ قَلَّ حَالًا فَقَدْ جَلَّ مَآلًا لِدَوَامِهِ، وَإِنْ مَنَّ عَلَيْهِمْ بِالرِّقَابِ وَالْأَرَاضِي يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ مِنَ المَنْقُولَاتِ بِقَدْرِ مَا يَتَهَيَّأُ لَهُمُ العَمَلُ لِيَخْرُجَ عَنْ حَدِّ الكَرَاهَةِ.

قَالَ: (وَهُوَ فِي الأُسَارَىٰ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ) «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَدْ قَتَلَ» ، وَلِأَنَّ فِيهِ حَسْمَ مَادَّةِ الفَسَادِ (وَإِنْ شَاءَ

الملك قبل الإحراز بدار الإسلام، بل نقول بثبوت الحقِّ للغانمين.

قوله: أَوْ مِلْكِهِمْ، أي علىٰ مذهب الشافعي رحمه الله تعالى فإنه يقول: يثبت الملك لهم بنفس الإصابة.

قوله: بِخِلَافِ الرِّقَابِ، فالحقُّ لم يتأكَّد في رقابِهم، ألا ترىٰ أنَّ له أن يقتلهم فكذلك يكون له أن يمنَّ على رقابِهم بجزية يأخذها.

قوله: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ، أي من فعل عمر رضي الله عنه.

قوله: لِيَخْرُجَ عَنْ حَدِّ الكَرَاهَةِ، ذكر الإمام التمرتاشي رحمة الله تعالىٰ عليه: فإن منَّ عليهم برقابِهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الأموال جاز ولكن يكره لأنَّهم لا ينتفعون بالأراضي بدون المال ولا بقاءَ لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر إلَّا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأراضي.

اسْتَرَقَّهُمْ) لِأَنَّ فِيهَا دَفْعَ شَرِّهِمْ مَعَ وُفُورِ الْمَنْفَعَةِ لِأَهْلِ الإِسْلَامِ (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (إِلَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ) عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَىٰ دَارِ الْحَرْبِ) لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَهُمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ أَسْلَمُوا لَا يَقْتُلُهُمْ لِانْدِفَاعِ الشَّرِّ بِدُونِهِ (وَلَهُ أَنْ يَسْتَرِقَّهُمْ) تَوْفِيرًا لِلْمَنْفَعَةِ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِ الْمِلْكِ بِخِلَافِ إِسْلَامِهِمْ قَبْلَ الأَخْذِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْعَقِدِ السَّبَبُ بَعْدُ.

(وَلَا يُفَادِي بِالْأُسَارَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُفَادِي بِهِمْ أُسَارَى الْمُسْلِمِينَ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّ فِيهِ تَخْلِيصَ الْمُسْلِمِ وَهُوَ أَوْلَىٰ مِنْ قَتْلِ الكَافِرِ وَالِانْتِفَاعِ بِهِ، وَلَهُ أَنَّ فِيهِ مَعُونَةً لِلْكَفَرَةِ؛

قوله: وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ، لِمَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلىٰ قوله: كذلك فعله عمر رضي الله عنه بسواد العراق، فإن قيل: ينبغي أن لا يثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى: ﴿وَٱقۡتُلُوهُمۡ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [النساء: ٨٩]، قلنا: خصَّ من هذه الآية أهل الذمة والمستأمنون والنساء وغير ذلك فيختصُّ المتنازع فيه عنهما بفعل عُمر رضي الله عنه.

قوله: وَلَا يُفَادِي بِالْأُسَارَىٰ، المفاداة بين الاثنين فأدَّاه إذا أطلقه وأخذ فديته، ومنه قوله: وَلَا يُفَادِي بِالْأُسَارَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَيْهِ، أي لا تُؤخذ فدية بمقابلة إطلاق الأسارى التي في أيدي المسلمين، فعند الشافعي رحمه الله تعالى حكمهم أحد الأربعة: القتل، والاسترقاق، والفداء بالمال أو بالأسارىٰ، والمنُّ، وعندهما أحد الأمور الثلاث: الأولان، والفداء بالأسارىٰ، وعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه أحد الأمرين الأولين.

لِأَنَّهُ يَعُودُ حَرْبًا عَلَيْنَا، وَدَفْعُ شَرِّ حَرْبِهِ خَيْرٌ مِنِ اسْتِنْقَاذِ الأَسِيرِ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمْ كَانَ ابْتِلَاءً فِي حَقِّهِ غَيْرَ مُضَافٍ إِلَيْنَا، وَالْإِعَانَةُ بِدَفْعِ أَسِيرِهِمْ إِلَيْهِمْ مُضَافٌ إِلَيْنَا، أَمَّا الْمُفَادَاةُ بِمَالٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُمْ لَا يَجُوزُ فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الْمَذْهَبِ لِمَا بَيَّنَّا، وَفِي السِّيَرِ الكَبِيرِ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةٌ اسْتِدْلَالًا بِأُسَارَىٰ بَدْرٍ، وَلَوْ كَانَ أَسْلَمَ الأَسِيرُ فِي أَيْدِينَا لَا يُفَادَىٰ بِمُسْلِمٍ أَسِيرٍ فِي أَيْدِيهِمْ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ إِلَّا إِذَا طَابَتْ نَفْسُهُ بِهِ وَهُوَ مَأْمُونٌ عَلَىٰ إِسْلَامِهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الْمَنُّ عَلَيْهِمْ) أَيْ عَلَى الأُسَارَىٰ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فَإِنَّهُ يَقُولُ «مَنَّ رَسُولَ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَلَىٰ بَعْضِ الأُسَارَىٰ يَوْمَ بَدْرٍ»، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]. وَلِأَنَّهُ بِالْأَسْرِ وَالْقَسْرِ ثَبَتَ حَقُّ الِاسْتِرْقَاقِ فِيهِ فَلَا يَجُوزُ إِسْقَاطُهُ بِغَيْرِ مَنْفَعَةٍ وَعِوَضٍ، وَمَا رَوَاهُ مَنْسُوخٌ بِمَا تَلَوْنَا.

(وَإِذَا أَرَادَ الإِمَامُ العَوْدَ وَمَعَهُ مَوَاشٍ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ نَقْلِهَا إِلَىٰ دَارِ

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: أنَّ فيه معونةً للكفرة لأنه يعود حربًا علينا.

قوله: وَلَا يَجُوزُ الْمَنُّ عَلَيْهِمْ ... خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، المنُّ أن يطلقهم مجانًا، هو يقول: «منَّ رسول الله عليه الصلاة والسلام علىٰ بعض الأسارىٰ يوم بدر»، ولنا قوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥] وما رواه منسوخٌ بما تلونا لأنَّ سورة براءة من آخر ما نزل وقد تضمَّنت وجوب القتل بكل حال فكان ناسخًا.

الإِسْلَامِ ذَبَحَهَا وَحَرَقَهَا وَلَا يَعْقِرُهَا وَلَا يَتْرُكُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَتْرُكُهَا؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نَهَىٰ عَنْ ذَبْحِ الشَّاةِ إِلَّا لِمَأْكَلَةٍ»، وَلَنَا أَنَّ ذَبْحَ الحَيَوَانِ يَجُوزُ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ، وَلَا غَرَضَ أَصَحُّ مِنْ كَسْرِ شَوْكَةِ الأَعْدَاءِ، ثُمَّ يُحْرَقُ بِالنَّارِ لِيَنْقَطِعَ مَنْفَعَتُهُ عَنِ الكُفَّارِ وَصَارَ كَتَخْرِيبِ البُنْيَانِ بِخِلَافِ التَّحْرِيقِ قَبْلَ الذَّبْحِ لِأَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَبِخِلَافِ العَقْرِ لِأَنَّهُ مُثْلَةٌ، وَتُحْرَقُ الأَسْلِحَةُ أَيْضًا، وَمَا لَا يَحْتَرِقُ مِنْهَا يُدْفَنُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَقِفُ عَلَيْهِ الكُفَّارُ إِبْطَالًا لِلْمَنْفَعَةِ عَلَيْهِمْ.

(وَلَا يُقَسِّمُ غَنِيمَةً فِي دَارِ الحَرْبِ حَتَّىٰ يُخْرِجَهَا إِلَىٰ دَارِ الإِسْلَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا بَأْسَ بِذٰلِكَ، وَأَصْلُهُ أَنَّ المِلْكَ لِلْغَانِمِينَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الإِحْرَازِ بِدَارِ الإِسْلَامِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ يَثْبُتُ وَيَبْتَنِي عَلَىٰ هٰذَا الأَصْلِ عِدَّةٌ مِنَ المَسَائِلِ ذَكَرْنَاهَا فِي الكِفَايَةِ، لَهُ أَنَّ سَبَبَ

قوله: وَلَا يَعْقِرُهَا - خلافًا لمالكٍ رحمه الله تعالىٰ - وَلَا يَتْرُكُهَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يَتْرُكُهَا؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَىٰ عَنْ ذَبْحِ الشَّاةِ إِلَّا لِمَأْكَلَةٍ».

قوله: بِخِلَافِ التَّحْرِيقِ قَبْلَ الذَّبْحِ لِأَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، في الحديث: «لا يُعذِّب بالنار إلا ربُّها».

قوله: وَأَصْلُهُ، أي وأصل الخلاف.

قوله: وَيَبْتَنِي عَلَىٰ هٰذَا الأَصْلِ عِدَّةٌ مِنَ المَسَائِلِ، منها: أنَّ أحدًا من الغانمين لو وطئ أمةً من السبي فولدت فادَّعاه يثبت نسبه منه عنده وصارت الأمة أمَّ ولدٍ، وعندنا لا

المِلْكِ الِاسْتِيلَاءُ إِذَا وَرَدَ عَلَىٰ مَالٍ مُبَاحٍ فِي الصَّيُودِ، وَلَا مَعْنَىٰ لِلِاسْتِيلَاءِ سِوَىٰ إِثْبَاتِ اليَدِ وَقَدْ تَحَقَّقَ، وَلَنَا أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الغَنِيمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ»، وَالْخِلَافُ ثَابِتٌ فِيهِ، وَالْقِسْمَةُ بَيْعٌ مَعْنًى فَتَدْخُلُ تَحْتَهُ، وَلِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ إِثْبَاتُ اليَدِ الحَافِظَةِ وَالنَّاقِلَةِ، وَالثَّانِي مُنْعَدِمٌ لِقُدْرَتِهِمْ عَلَى الِاسْتِنْقَاذِ وَوُجُودِهِ ظَاهِرًا، ثُمَّ قِيلَ: مَوْضِعُ الخِلَافِ تَرَتُّبُ الأَحْكَامِ عَلَى القِسْمَةِ إِذَا قَسَّمَ الإِمَامُ لَا عَنِ اجْتِهَادٍ، لِأَنَّ حُكْمَ المِلْكِ لَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ،

يثبت النسب لعدم الملك، ويجب العقر، وتقسم الأمة والولد والعقر بين الغانمين، ومنها: جواز البيع ومشاركة المدد والإرث إذا مات أحدهم قبل القسمة.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الغَنِيمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ»، وَالْخِلَافُ ثَابِتٌ فِيهِ - أي في البيع - وَالْقِسْمَةُ بَيْعٌ مَعْنًى - لاشتمالها على الإفراز والمبادلة لا محالة - فَتَدْخُلُ تَحْتَهُ، أي تدخل القسمة تحت النهي.

قوله: ثُمَّ قِيلَ: مَوْضِعُ الخِلَافِ تَرَتُّبُ الأَحْكَامِ عَلَى القِسْمَةِ إِذَا قَسَّمَ الإِمَامُ لَا عَنِ اجْتِهَادٍ، أي إنَّ موضع الخلاف فيما إذا صدرت القسمة عن الإمام بدون الاجتهاد بأنَّها هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الأكل والوطء وسائر الانتفاع أم لا؟ فعلىٰ قوله يثبت، وعندنا لا يثبت، ثم علَّل بقوله: لِأَنَّ حُكْمَ المِلْكِ لَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ، أي بدون الملك، فلمَّا ثبتت الأحكام عنده من الأكل والوطء وغيرهما بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد علمنا أنَّ الملك كان ثابتًا له قبل القسمة، كما إذا كانت التَّركة بين الورثة فإنه إنَّما تثبت أحكام الملك من الانتفاعات إذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل

وَقِيلَ الكَرَاهَةُ، وَهِيَ كَرَاهَةُ تَنْزِيهٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فَإِنَّهُ قَالَ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ لَا تَجُوزُ القِسْمَةُ فِي دَارِ الحَرْبِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ الأَفْضَلُ أَنْ يُقَسِّمَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وَوَجْهُ الكَرَاهَةِ أَنَّ دَلِيلَ البُطْلَانِ رَاجِحٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ سَلْبِ الجَوَازِ فَلَا يَتَقَاعَدُ عَنْ إِيرَاثِ الكَرَاهَةِ.

القسمة، فكذلك ههنا على قوله، وعندنا لا تثبت بِهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد من حكم الملك شيءٌ لأنَّ الملك لا يثبت قبل هذه القسمة فلا يثبت حكم الملك من الانتفاع بِهذه القسمة، ثمَّ إنَّما قيَّد القسمة بقوله: لَا عَنِ اجْتِهَادٍ، ليظهر موضع الخلاف فإنه إذا قسم مجتهدًا جاز بالاتفاق، وذكر في المبسوط: وإن قسمها في دار الحرب جاز لأنه أمضىٰ فصلاً مجتهدًا فيه وقضاء المجتهد فيه نافذٌ، وَقِيلَ الكَرَاهَةُ، أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز، وذكر في المبسوط: وقيل: من مذهبنا كراهة القسمة في دار الحرب لا بطلان القسمة لِمَا في القسمة من قطع شركة المدد فتقلُّ بِها رغبتهم في اللحوق بالجيش، ولأنَّه إذا قسم تفرَّقوا فرُبَّما يكر العدوُّ على بعضهم، وهذا أمرٌ وراء ما يتمُّ به القسمة فلا يمنع جوازها.

قوله: وَوَجْهُ الكَرَاهَةِ أَنَّ دَلِيلَ البُطْلَانِ رَاجِحٌ، بدليل عدم الملك بمجرَّد الإستيلاء بالدليل الذي ذكرنا، وأنَّ دليل البطلان محرم والمحرم راجح على المبيح، إلَّا أنه تقاعد عن سلب الجواز لأنَّ الإجماع ثابتٌ في الجملة، أمَّا عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يجوز بكلِّ حالٍ، وأمَّا عندنا إذا رأى الإمام المصلحةَ فإذا لم يسلب الجواز لا يكون أدنىٰ حالاً من إيراث الكراهة لأنَّ الدليل المرجوح لمَّا لم يبطل أصلاً حَصَل من معارضة الدليلين من الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الهرَّة، فإنه لمَّا قام الدليل على الحرمة والحلِّ ولم يعمل دليل الحرمة في سلب الحلِّ لم يتقاعد عن إيراث الكراهة، كذا هنا.

(وَالرِّدْءُ وَالْمُقَاتِلُ فِي العَسْكَرِ سَوَاءٌ) لِاسْتِوَائِهِمْ فِي السَّبَبِ وَهُوَ المُجَاوَزَةُ أَوْ شُهُودُ الوَقْعَةِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَكَذٰلِكَ إِذَا لَمْ يُقَاتِلْ لِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ لِمَا ذَكَرْنَا (وَإِذَا لَحِقَهُمُ المَدَدُ فِي دَارِ الحَرْبِ قَبْلَ أَنْ يُخْرِجُوا الغَنِيمَةَ إِلَىٰ دَارِ الإِسْلَامِ شَارَكُوهُمْ فِيهَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ بَعْدَ انْقِضَاءِ القِتَالِ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَىٰ مَا مَهَّدْنَاهُ مِنَ الأَصْلِ، وَإِنَّمَا يَنْقَطِعُ حَقُّ المُشَارَكَةِ عِنْدَنَا بِالْإِحْرَازِ أَوْ بِقِسْمَةِ الإِمَامِ فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ بِبَيْعِهِ المَغَانِمَ فِيهَا، لِأَنَّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا يَتِمُّ المِلْكُ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ شَرِكَةِ المَدَدِ.

قَالَ: (وَلَا حَقَّ لِأَهْلِ سُوقِ العَسْكَرِ فِي الغَنِيمَةِ إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يُسْهِمُ لَهُمْ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الوَقْعَةَ» وَلِأَنَّهُ وَجَدَ الجِهَادَ مَعْنًى بِتَكْثِيرِ السَّوَادِ، وَلَنَا أَنَّهُ لَمْ تُوجَدُ المُجَاوَزَةُ عَلَىٰ قَصْدِ القِتَالِ فَانْعَدَمَ السَّبَبُ

قوله: وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَىٰ مَا مَهَّدْنَاهُ مِنَ الأَصْلِ، وهو أنَّ السبب هو الأخذ والملك يثبت بنفس الأخذ، وعندنا السبب هو القهر وتمام القهر بالإحراز بدار الإسلام، فإذا شارك المدد الجيش في الإحراز الذي به يتمُّ السبب يشاركونَهم في تأكد الحقِّ به، كما لو التحقوا بِهم في حال القتال، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا حَقَّ لِأَهْلِ سُوقِ العَسْكَرِ، أي لا سهمَ لهم ولا رَضْخَ لأنَّ قصدهم التجارة لا إرهاب العدوِّ وإعزاز الدين.

قوله: فَانْعَدَمَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ، وهو مجاوزة الدرب علىٰ قصد القتال.

الظَّاهِرُ فَيُعْتَبَرُ السَّبَبُ الحَقِيقِيُّ وَهُوَ القِتَالُ فَيُفِيدُ الِاسْتِحْقَاقَ عَلَىٰ حَسَبِ حَالِهِ فَارِسًا أَوْ رَاجِلًا عِنْدَ القِتَالِ، وَمَا رَوَاهُ مَوْقُوفٌ عَلَىٰ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ تَأْوِيلَهُ أَنْ يُشْهِدَهَا عَلَىٰ قَصْدِ القِتَالِ.

(وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْإِمَامِ حَمُولَةٌ تُحْمَلُ عَلَيْهَا الغَنَائِمُ قَسَّمَهَا بَيْنَ الغَانِمِينَ قِسْمَةَ إِيدَاعٍ لِيَحْمِلُوهَا إِلَىٰ دَارِ الإِسْلَامِ ثُمَّ يَرْتَجِعَهَا مِنْهُمْ فَيُقَسِّمَهَا) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: هٰكَذَا ذُكِرَ فِي المُخْتَصَرِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ رِضَاهُمْ وَهُوَ رِوَايَةُ السِّيَرِ الكَبِيرِ، وَالْجُمْلَةُ فِي هٰذَا أَنَّ الإِمَامَ إِذَا وَجَدَ فِي المَغْنَمِ حَمُولَةً يَحْمِلُ الغَنَائِمَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الحَمُولَةَ وَالْمَحْمُولَ مَالُهُمْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي بَيْتِ المَالِ فَضْلُ حَمُولَةٍ لِأَنَّهُ مَالُ المُسْلِمِينَ، وَلَوْ كَانَ لِلْغَانِمِينَ أَوْ لِبَعْضِهِمْ لَا يُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السِّيَرِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ إِجَارَةٍ وَصَارَ كَمَا إِذَا نَفَقَتْ دَابَّتُهُ فِي مَفَازَةٍ وَمَعَ رَفِيقِهِ فَضْلُ حَمُولَةٍ، وَيُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ

قوله: وَمَا رَوَاهُ مَوْقُوفٌ عَلَىٰ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ، وذلك ليس بحجَّة عند بعض مشايخنا خصوصًا علىٰ أصل الشافعي رحمه الله فإنَّ عنده لا يقلد الصحابي.

قوله: لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ إِجَارَةٍ، أي من كلِّ وجهٍ، هذا احترِاز عن إجارةٍ مستأنفةٍ في حالة البقاء فإنه يجبَر على الإجارة بالاتفاق، كما في مسئلة السفينة، فإنَّ من استأجر سفينةً شهرًا فمضت المدَّة في وسط البحر فإنه تنعقد عليها إجارة أخرىٰ بأجر المثل بغير رضا المالك، كذا في المحيط.

قوله: وَيُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السِّيَرِ الكَبِيرِ، ذكر فيه: ويستوي في ذلك إن رضي به أصحاب الحمولة أو أبَوْا إذا كان بِهم غنًى عن تلك الحمولة لأنَّهم بِهذا الإباء قصدوا

السِّيَرِ الكَبِيرِ لِأَنَّهُ دَفْعُ الضَّرَرِ العَامِّ بِتَحْمِيلِ ضَرَرٍ خَاصٍّ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الغَنَائِمِ قَبْلَ القِسْمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ) لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ قَبْلَهَا، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَدْ بَيَّنَّا الأَصْلَ (وَمَنْ مَاتَ مِنَ الغَانِمِينَ فِي دَارِ الحَرْبِ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي الغَنِيمَةِ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ إِخْرَاجِهَا إِلَىٰ دَارِ الإِسْلَامِ فَنَصِيبُهُ لِوَرَثَتِهِ) لِأَنَّ الإِرْثَ يَجْرِي فِي المِلْكِ، وَلَا مِلْكَ قَبْلَ الإِحْرَازِ، وَإِنَّمَا المِلْكُ بَعْدَهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الهَزِيمَةِ يُورَثُ نَصِيبُهُ لِقِيَامِ المِلْكِ فِيهِ عِنْدَهُ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَعْلِفَ العَسْكَرُ فِي دَارِ الحَرْبِ وَيَأْكُلُوا مَا وَجَدُوهُ مِنَ الطَّعَامِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: أَرْسَلَ وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بِالْحَاجَةِ،

التعنُّت، فإنَّ في هذا الاستئجار منفعةٌ لهم من حيث إنه تحصل لهم الأجرة بمقابلة منفعة لا تبقىٰ لهم بدون هذا الاستئجار، وفيه منفعة للغانمين أيضًا فكانوا متعنِّتين في الإباء والقاضي لا يلتفت إلىٰ إباء المتعنِّت، ولأنَّ الاستئجار وبقاء الإجارة عند تحقق الحاجة صحيح من غير الأمير فمن الأمير أوْلىٰ، وبيانه في استئجار السفينة علىٰ ما ذكرنا، وكذلك استئجار الأوعية لحمل المانع فيها مدَّة معلومةٌ إذا انتهت المدَّة وهم في المفازة، وكذلك إذا استأجر دابةً لحمل الأمتعة من موضعٍ إلىٰ موضعٍ مدَّةً معلومةً فانتهت المدَّة وهم في المفازة، أو مات صاحب الدابة فإنه يبتدئ العقد بعد انتهاء المدَّة ويبقىٰ بعد الموت في هذه المواضع بأجر المثل وبالمسمَّىٰ في حالة البقاء وكان ذلك لأجل الحاجة، فكذلك في الغنائم إذا تحقَّقت الحاجة إلىٰ حملها، فإن قيل: جواز البناء لا يدلُّ على جواز الابتداء بلا رضا لأنَّ البناء أسْهَل من الابتداء، قلنا: لا فرقَ بينهما لأنَّه في الحالين يتملَّك منافع العين

وَقَدْ شَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ وَلَمْ يَشْتَرِطْهَا فِي أُخْرَىٰ، وَجْهُ الأُولَىٰ أَنَّهُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الغَانِمِينَ فَلَا يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا لِحَاجَةٍ كَمَا فِي الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ، وَجْهُ الأُخْرَىٰ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي طَعَامِ خَيْبَرَ كُلُوهَا وَاعْلِفُوهَا وَلَا تَحْمِلُوهَا» وَلِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَىٰ دَلِيلِ الحَاجَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ فِي دَارِ الحَرْبِ، لِأَنَّ الغَازِيَ لَا يَسْتَصْحِبُ قُوتَ نَفْسِهِ وَعَلَفَ ظَهْرِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِيهَا وَالْمِيرَةُ مُنْقَطِعَةٌ، فَبَقِيَ عَلَىٰ أَصْلِ الإِبَاحَةِ لِلْحَاجَةِ بِخِلَافِ السِّلَاحِ لِأَنَّهُ يَسْتَصْحِبُهُ فَانْعَدَمَ دَلِيلُ الحَاجَةِ، وَقَدْ تَمَسُّ إِلَيْهِ الحَاجَةُ فَتُعْتَبَرُ حَقِيقَتُهَا فَيَسْتَعْمِلُهُ ثُمَّ يَرُدُّهُ

بأجر المثل لصيانة المال بلا رضا.

قوله: وَقَدْ شَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ، ذكر في المحيط: فقد قيَّدَ محمد رحمه الله تعالىٰ في السير الصغير الإباحة بطعام الغنيمة وعلَّقها بالحاجة، وفي السير الكبير أباح الانتفاع عليه بحاجةٍ وبغير حاجةٍ، فصار في المسئلة روايتان، فما ذكره في السير الصغير جواب القياس، وما ذكره في السير الكبير جواب الاستحسان، حتّىٰ إنَّ على رواية السير الكبير يستوي فيه الغنيُّ والفقير في حل الانتفاع، ثم قال: وكما يجوز للغازي أن يأخذ من طعام الغنيمة وعلَّقها مقدار كفايته يجوز له أن يأخذ منها مقدار ما يكفي عبيده الذين دخلوا معه ويقومون على دوابِهم وحفظ رجالهم، وكذلك يأخذون لنسائهم وصبيانِهم الذين دخلوا معهم، ولو كان رجلٌ دخل دار الحرب ليخدم بعض الجنديِّ بأجرٍ فلا يُباح له أن يتناول شيئًا من الغنيمة، وكذلك من دخل دار الحرب للتجارة.

قوله: وَعَلَفَ ظَهْرِهِ، أي دابته، ولفظ الظهر مستعارٌ لها، وَالْمِيرَةُ: الطعام.

فِي المَغْنَمِ إِذَا اسْتَغْنَىٰ عَنْهُ، وَالدَّابَّةُ مِثْلُ السِّلَاحِ، وَالطَّعَامُ كَالْخُبْزِ وَاللَّحْمِ وَمَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ كَالسَّمْنِ وَالزَّيْتِ.

قَالَ: (وَيَسْتَعْمِلُوا الحَطَبَ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: الطِّيبَ، (وَيُدْهِنُوا بِالدُّهْنِ وَيُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةَ) لِمَسَاسِ الحَاجَةِ إِلَىٰ جَمِيعِ ذٰلِكَ (وَيُقَاتِلُوا بِمَا يَجِدُونَهُ مِنَ السِّلَاحِ، كُلُّ ذٰلِكَ بِلَا قِسْمَةٍ) وَتَأْوِيلُهُ إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ سِلَاحٌ ....

قوله: وَالدَّابَّةُ مِثْلُ السِّلَاحِ - أي تعتبَر الحاجة فيها - وَالطَّعَامُ كَالْخُبْزِ ... وَالزَّيْتِ، أي المراد بالطعام ما هو المهيَّأ للأكل، وفي المحيط: وإن وجدوا غنمًا فلا بأسَ بأن يذبحوها ويأكلوها ويردوا جلودها في الغنيمة، وذكر هذا الحكم في السير الكبير في الجزور، وفي الإيضاح في البقر، فعُلِمَ بِهذا أنَّ المهيَّأ للأكل وما هو غير مهيَّأ سواء في إباحة التناول للغازي، وإن أصابوا سمسمًا، أو زيتًا، أو دُهن سمسمٍ، أو فاكهةٍ يابسةٍ أو رطبةٍ، أو سكرًا، أو بصلاً أو غير ذلك من الأشياء التي تؤكل عادةً للتعيش لا بأس بالتناول منها قبل القسمة، ولا يجوز أن يتناول شيئًا من الأدوية والطيب ودُهن البنفسج، وذكر في الإيضاح: إنَّما لا يجوز التناول منها لأنَّ هذه الأدهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الأصلية بل تستعمل للزينة، وكل ما لا يؤكل ولا يشرب لا ينبغي أن ينتفع منه بشيء قلَّ أو كَثُر، لقوله عليه الصلاة والسلام: «ردُّوا الخيط والمخيط».

قوله: وَيُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةَ، توقيح الدابة تصليبُ حافرها بالشحم المذاب إذا حَفِي أي رقَّ من كثرة المشي، والراء خطأ، كذا في المغرب.

قوله: وَتَأْوِيلُهُ إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ سِلَاحٌ، لأنه إذا احتاجَ الغازي إلى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز، وقال في الإيضاح: ولا ينبغي أن

وَقَدْ بَيَّنَّاهُ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا مِنْ ذٰلِكَ شَيْئًا وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ) لِأَنَّ الْبَيْعَ يَتَرَتَّبُ عَلَى الْمِلْكِ وَلَا مِلْكَ عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبَاحَةٌ وَصَارَ كَالْمُبَاحِ لَهُ الطَّعَامُ، وَقَوْلُهُ وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّهُمْ لَا يَبِيعُونَهُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْعُرُوضِ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ إِلَىٰ ذٰلِكَ، فَإِنْ بَاعَهُ أَحَدُهُمْ رَدَّ الثَّمَنَ إِلَى الغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ عَيْنٍ كَانَتْ لِلْجَمَاعَةِ، وَأَمَّا الثِّيَابُ وَالْمَتَاعُ فَيُكْرَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا قَبْلَ القِسْمَةِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ لِلِاشْتِرَاكِ، إِلَّا أَنَّهُ يُقَسِّمُ الإِمَامُ بَيْنَهُمْ فِي دَارِ الحَرْبِ إِذَا احْتَاجُوا إِلَى الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ وَالْمَتَاعِ؛ لِأَنَّ المُحَرَّمَ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ فَالْمَكْرُوهُ أَوْلَىٰ، وَهٰذَا لِأَنَّ حَقَّ المَدَدِ مُحْتَمَلٌ، وَحَاجَةُ هٰؤُلَاءِ مُتَيَقَّنٌ بِهَا فَكَانَ أَوْلَىٰ بِالرِّعَايَةِ، وَلَمْ يَذْكُرِ القِسْمَةَ فِي السِّلَاحِ، وَلَا فَرْقَ فِي الحَقِيقَةِ لِأَنَّهُ إِذَا احْتَاجَ وَاحِدٌ يُبَاحُ لَهُ الِانْتِفَاعُ فِي الفَصْلَيْنِ، وَإِنِ احْتَاجَ الكُلُّ يُقَسِّمُ فِي الفَصْلَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا احْتَاجُوا إِلَى السَّبْيِ حَيْثُ لَا يُقَسِّمُ

يستعمل شيئًا من الأسلحة والدواب ليبقىٰ بذلك سلاحه ودوابّه لأنَّ الإطلاق كان باعتبار الحاجة ولا حاجةَ مع وجود الملك.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، إشارة إلىٰ قوله: بخلاف السلاح لأنه يستصحبه.

قوله: يُبَاحُ لَهُ الِانْتِفَاعُ فِي الفَصْلَيْنِ، أي في فصل الثياب والسلاح.

قوله: وَإِنِ احْتَاجَ الكُلُّ يُقَسِّمُ فِي الفَصْلَيْنِ، أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدوابِّ والمتاع.

لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَيْهِ مِنْ فُضُولِ الحَوَائِجِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ) مَعْنَاهُ فِي دَارِ الحَرْبِ (أَحْرَزَ بِإِسْلَامِهِ نَفْسَهُ) لِأَنَّ الإِسْلَامَ يُنَافِي ابْتِدَاءَ الِاسْتِرْقَاقِ (وَأَوْلَادَهُ الصِّغَارَ) لِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا (وَكُلَّ مَالٍ هُوَ فِي يَدِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَسْلَمَ عَلَىٰ مَالٍ فَهُوَ لَهُ» وَلِأَنَّهُ سَبَقَتْ يَدُهُ الحَقِيقِيَّةَ إِلَيْهِ يَدُ الظَّاهِرِينَ عَلَيْهِ (أَوْ وَدِيعَةً فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ) لِأَنَّهُ فِي يَدٍ صَحِيحَةٍ مُحْتَرَمَةٍ

قوله: وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ، مَعْنَاهُ فِي دَارِ الحَرْبِ، إنَّما قيَّد بِهذا لأنه لو هاجر إلىٰ دار الإسلام وأسْلَمَ لا يصير ماله وأولاده في دار الحرب محرزًا بإسلامه، وذكر في الفوائد الظهيرية: وهنا مسائل أربع: إحداها: إذا أسْلَم الحربيُّ في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهرنا على الدار فالحكم فيها ما ذُكر أنه لا يغنم نفسه وأوْلاده الصغار وما كان في يده من المنقولات إلى آخره، والمسئلة الثانية: الحربيُّ إذا دخل دارنا بأمان وأسلم ثم ظهر المسلمون على داره فأهله وماله وجميع ما خلفه في دار الحرب من أولاده الصغار فيءٌ، والثالثة: إذا أسلم الحربيُّ في دار الحرب ثم دخل دار الإسلام ثم ظهر المسلمون على داره فجميع ماله هناك فيءٌ إلَّا أولاده الصغار، والرابعة: إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان واشترىٰ منهم أموالاً وله أولاد استصحبهم مع نفسه في دار الحرب ثمَّ ظهر المسلمون على الدار فالجواب فيه على نحو ما بيَّنَّا في حربيٍّ أسْلَم في دار الحرب ثم وقع الظهور على الدار إلَّا في فصلين: أحدهما: أنَّ أولاده الكبار هنا لا يصيرون فيئًا لأنَّهم مسلمون، والثانِي: أنَّ ما كان وديعةً له عند حربيٍّ لا يصير فيئًا علىٰ رواية أبي سُليمان رحمه الله تعالى، وعلى رواية أبي حفص رحمة الله تعالى عليه يصير فيئًا.

قوله: لِأَنَّهُ فِي يَدٍ صَحِيحَةٍ، احتِراز عن يد الغاصب، مُحْتَرَمَةٍ، احتِراز عن يد

وَيَدُهُ كَيَدِهِ (فَإِنْ ظَهَرْنَا عَلَىٰ دَارِ الحِرَابِ فَعَقَارُهُ فَيْءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ لَهُ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالْمَنْقُولِ، وَلَنَا أَنَّ العَقَارَ فِي يَدِ أَهْلِ الدَّارِ وَسُلْطَانُهَا إذَا هُوَ مِنْ جُمْلَةِ دَارِ الحَرْبِ فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً، وَقِيلَ هٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ الآخَرُ، وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ الأَوَّلُ هُوَ كَغَيْرِهِ مِنَ الأَمْوَالِ بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّ اليَدَ حَقِيقَةً لَا تَثْبُتُ عَلَى العَقَارِ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَثْبُتُ.

(وَزَوْجَتُهُ فَيْءٌ) لِأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرْبِيَّةٌ لَا تَتْبَعُهُ فِي الإِسْلَامِ (وَكَذَا حَمْلُهَا فَيْءٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، هُوَ يَقُولُ إِنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا كَالْمُنْفَصِلِ، وَلَنَا أَنَّهُ جُزْؤُهَا فَيَرِقُّ بِرِقِّهَا وَالْمُسْلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمَلُّكِ تَبَعًا لِغَيْرِهِ بِخِلَافِ المُنْفَصِلِ لِأَنَّهُ حُرٌّ لِانْعِدَامِ الجُزْئِيَّةِ عِنْدَ ذٰلِكَ (وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ فَيْءٌ) لِأَنَّهُمْ كُفَّارٌ حَرْبِيُّونَ وَلَا تَبَعِيَّةَ (وَمَنْ قَاتَلَ مِنْ عَبِيدِهِ فَيْءٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا تَمَرَّدَ عَلَىٰ مَوْلَاهُ خَرَجَ مِنْ يَدِهِ فَصَارَ تَبَعًا لِأَهْلِ دَارِهِمْ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالِهِ فِي يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ) غَصْبًا كَانَ أَوْ وَدِيعَةً؛ لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ (وَمَا كَانَ غَصْبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ

الحربيّ.

قوله: وَمَا كَانَ مِنْ مَالِهِ فِي يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ، غَصْبًا كَانَ أَوْ وَدِيعَةً؛ لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ، لأنَّها لا تدفع استغنام المسلمين عن ماله فكذا عن هذه الوديعة، وَمَا

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَكُونُ فَيْئًا) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ - رَحِمَهُ اللهُ -: كَذَا ذُكِرَ الِاخْتِلَافُ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ، وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ

كَانَ غَصْبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وقالا لا يكون فيئًا، قال رضي الله تعالى عنه: كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير، وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمهما الله تعالىٰ، قال صاحب النهاية رحمه الله تعالىٰ: هكذا وقع في لفظ الهداية في بعض النسخ، وهذا لا يصحُّ أصلاً، لأنه لو كان الاختلاف هكذا في ذينك الكتابين لقال: كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير والجامع الصغير، ولَمَا احتاج إلىٰ ذكر قوله: وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمهما الله تعالىٰ، لأنه حينئذٍ يكون تكرارًا محضًا مع تطويلٍ بغير فائدةٍ، ووقع في بعضها: وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: لا يكون فيئًا، مكان قوله: وقالا مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى، مكان قوله: مع محمد رحمه الله تعالىٰ، ثم قال رحمة الله تعالى عليه: ولكني تتبعتُ بتوفيق الله تعالى الأقوالَ، فوجدتُّها كما هو حقُّها في الكتب ثم وضعتُها كما يوضع الهناء مواضع الثقب، قلتُ: والصحيح من النُّسخ هو أن يقال: وما كان غصبًا في يد مسلمٍ أو ذميٍّ فهو فيءٌ عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه، وقال محمد رحمة الله تعالى عليه: لا يكون فيئًا لأنَّ رواية السير الكبير هكذا، وهكذا أيضًا في المحيط، ولم يذكر فيهما قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه، والصحيح أيضًا في الثاني هو أن يقال: وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالىٰ، لأنَّ الإمام فخر الإسلام البزدوي رحمة الله تعالى عليه ذكر في الجامع الصغير: ولو كان وديعةً عند حربيٍّ أو غصبًا عند مسلمٍ أو ذميٍّ أو ضائعًا فهو فيءٌ، وهذا قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: لا يكون فيئًا، وهكذا أيضًا ذكر في الجامع

رَحِمَهُمَا اللهُ، لَهُمَا أَنَّ المَالَ تَابِعٌ لِلنَّفْسِ، وَقَدْ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ فَيَتْبَعُهَا مَالُهُ فِيهَا، وَلَوْ أَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ فَيُمْلَكُ بِالِاسْتِيلَاءِ وَالنَّفْسُ لَمْ تَصِرْ مَعْصُومَةً بِالْإِسْلَامِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ إِلَّا أَنَّهُ مُحَرَّمُ التَّعَرُّضُ فِي الأَصْلِ لِكَوْنِهِ مُكَلَّفًا وَإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ بِعَارِضِ شَرِّهِ وَقَدِ انْدَفَعَ بِالْإِسْلَامِ، بِخِلَافِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ خُلِقَ عُرْضَةً لِلِامْتِهَانِ فَكَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ وَلَيْسَتْ فِي يَدِهِ حُكْمًا فَلَمْ تَثْبُتِ العِصْمَةُ.

(وَإِذَا خَرَجَ المُسْلِمُونَ مِنْ دَارِ الحَرْبِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَعْلِفُوا مِنَ الغَنِيمَةِ وَلَا يَأْكُلُوا مِنْهَا) لِأَنَّ الضَّرُورَةَ قَدِ ارْتَفَعَتْ، وَالْإِبَاحَةُ بِاعْتِبَارِهَا، وَلِأَنَّ الحَقَّ قَدْ تَأَكَّدَ حَتَّىٰ يُوَرَّثَ نَصِيبُهُ وَلَا كَذٰلِكَ قَبْلَ الإِخْرَاجِ إِلَىٰ دَارِ الإِسْلَامِ (وَمَنْ فَضَلَ مَعَهُ عَلَفٌ أَوْ طَعَامٌ رَدَّهُ إِلَى الغَنِيمَةِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ تُقَسَّمْ، وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ مِثْلُ قَوْلِنَا، وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ اعْتِبَارًا بِالْمُتَلَصِّصِ، وَلَنَا أَنَّ الِاخْتِصَاصَ ضَرُورَةُ الحَاجَةِ

الصغير لقاضي خان والتمرتاشي وغيرهما.

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ، حتَّىٰ لم يجب القصاص والدية علىٰ قاتلها في دار الحرب.

قوله: وَلَيْسَتْ فِي يَدِهِ حُكْمًا، لأنَّ يد الغاصب ليست بنائبةٍ عن يد المغصوب منه فلا يكون ما في يد الغاصب في يد المغصوب منه حكمًا، فيجعل كأنه ليس في يد أحدٍ، فكان فيئًا.

وَقَدْ زَالَتْ، بِخِلَافِ المُتَلَصِّصِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ أَحَقَّ بِهِ قَبْلَ الإِحْرَازِ فَكَذَا بَعْدَهُ، وَبَعْدَ القِسْمَةِ تَصَدَّقُوا بِهِ إِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ، وَانْتَفَعُوا بِهِ إِنْ كَانُوا مَحَاوِيجَ لِأَنَّهُ صَارَ فِي حُكْمِ اللُّقَطَةِ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلَى الغَانِمِينَ، وَإِنْ كَانُوا انْتَفَعُوا بِهِ بَعْدَ الإِحْرَازِ تُرَدُّ قِيمَتُهُ إِلَى المَغْنَمِ إِنْ كَانَ لَمْ يُقَسَّمْ، وَإِنْ قُسِّمَتِ الغَنِيمَةُ فَالْغَنِيُّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ وَالْفَقِيرُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِقِيَامِ القِيمَةِ مَقَامَ الأَصْلِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ.

قوله: لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلَى الغَانِمِينَ، لقلته جدًّا أو لتفرقهم، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ

قَالَ: (وَيُقَسِّمُ الإِمَامُ الغَنِيمَةَ فَيُخْرِجُ خُمُسَهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] اسْتَثْنَى الخُمُسَ (وَيُقَسِّمُ الأَرْبَعَةَ الأَخْمَاسِ بَيْنَ الغَانِمِينَ) «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَسَّمَهَا بَيْنَ الغَانِمِينَ» (ثُمَّ لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - (وَقَالَا: لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ -، لِمَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَسْهَمَ لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا» وَلِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بِالْغَنَاءِ وَغَنَاؤُهُ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَمْثَالِ الرَّاجِلِ؛ لِأَنَّهُ لِلْكَرِّ وَالْفَرِّ وَالثَّبَاتِ، وَالرَّاجِلُ لِلثَّبَاتِ لَا غَيْرُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ

فصل في كيفيّة القسمة

قوله: اسْتَثْنَى الخُمُسَ، سمَّاه استثناءً من حيثُ أن حكمه يخالفُ حكم أربعة الأخماس، كما أنَّ حكم المستثنىٰ منه يخالف حكم المستثنىٰ.

قوله: بِالْغَنَاءِ، الغَنَاء بالفتح والمدِّ الإجزاء والكفاية، الكرُّ: الصولة والحملة، والفرُّ: بمعنى الفرار، والفرار إذا كان لأجل أن يكون الكرُّ أشدَّ كان هو من الجهاد، أو الفرار في موضع الفرار محمودٌ لئلا يرتكب النهي في قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

تَعَالَىٰ - مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَعْطَى الفَارِسَ سَهْمَيْنِ وَالرَّاجِلَ سَهْمًا» فَتَعَارَضَ فِعْلَاهُ، فَيُرْجَعُ إِلَىٰ قَوْلِهِ وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ» كَيْفَ وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمَا - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَسَّمَ لِلْفَارِسِ سَهْمَيْنِ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا» وَإِذَا تَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ تُرَجَّحَ رِوَايَةُ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّ الكَرَّ وَالْفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَيَكُونُ غَنَاؤُهُ مِثْلَيْ غَنَاءِ الرَّاجِلِ فَيَفْضُلُ عَلَيْهِ بِسَهْمٍ وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ لِتَعَذُّرِ مَعْرِفَتِهِ فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَىٰ سَبَبٍ ظَاهِرٍ، وَلِلْفَارِسِ سَبَبَانِ النَّفْسُ وَالْفَرَسُ،

قوله: وَإِذَا تَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ، أي روايتا ابن عُمر رضي الله عنهما وهيَ روايتهما عنه علىٰ وفق مذهبهما، ورواية أبي حنيفة رحمة الله تعالىٰ عليه أيضًا علىٰ وفق مذهبه يرجِّح رواية غيره وهي رواية ابن عباس رضي الله عنهما، وهذا لأنَّ من تعارضت روايته كان احتمال النسخ برواية نفسه وبرواية غيره وخبَر من لا تعارضَ في روايته لا يحتمل النسخ إلَّا من رواية غيره فكان احتمال النسخ فيه أقلّ فكان أوْلىٰ.

قوله: وَلِأَنَّ الكَرَّ وَالْفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، إذ نفس الفرار ليسَ بمستحسن، بل الفرار إنَّما حسن إذا فعل لأجل الكرِّ فحينئذٍ يكونان من جنسٍ واحدٍ فلا يعتبَر نوعًا آخر بل يعتبَر زيادةَ غناء والزيادة لا تتعلق بزيادة الغناء إذ بعضهم لا بُدَّ أن يكون أغْنىٰ من بعضٍ.

قوله: لِتَعَذُّرِ مَعْرِفَتِهِ، أي معرفة مقدار الزيادة لأنَّ تلكَ إنَّما تظهر عند المسايفة والمقابلة عند التقاء الصَّفين وكل منهم مشغولٌ بشانه في ذلك الوقت فتعذَّر الوقوف عليه.

وَلِلرَّاجِلِ سَبَبٌ وَاحِدٌ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَىٰ ضَعْفِهِ.

(وَلَا يُسْهِمُ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يُسْهِمُ لِفَرَسَيْنِ، لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَسْهَمَ لِفَرَسَيْنِ» وَلِأَنَّ الوَاحِدَ قَدْ يَعْيَا فَيَحْتَاجُ إِلَى الآخَرِ، وَلَهُمَا «أَنَّ البَرَاءَ ابْنَ أَوْسٍ قَادَ فَرَسَيْنِ فَلَمْ يُسْهِمْ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ» وَلِأَنَّ القِتَالَ لَا يَتَحَقَّقُ بِفَرَسَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً فَلَا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ مُفْضِيًا إِلَى القِتَالِ عَلَيْهِمَا فَيُسْهِمُ لِوَاحِدٍ، وَلِهٰذَا لَا يُسْهِمُ لِثَلَاثَةِ أَفْرَاسٍ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّنْفِيلِ كَمَا أَعْطَىٰ سَلَمَةَ بْنَ الأَكْوَعِ سَهْمَيْنِ وَهُوَ رَاجِلٌ.

(وَالْبَرَاذِينُ وَالْعَتَاقُ سَوَاءٌ) لِأَنَّ الإِرْهَابَ مُضَافٌ إِلَىٰ جِنْسِ الخَيْلِ

قوله: فَلَا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ، وهو المجاوزةُ مفضيًا إلى القتال عليهما فيسهم لواحدٍ، وقال في الأسرار: فالمبدء معتبَر على مآل الأمر من القتال فإنَّ الإرهاب إنَّما يحصل بخوفهم عاقبة أمرهم من القتال معهم على الأفراس والقتال لا يتصوَّرُ إلَّا علىٰ فرسٍ واحدٍ فإذا علم ذلك حقيقةً لم تقع زيادة إرهاب بزيادة الفرس.

قوله: كَمَا أَعْطَىٰ سَلَمَةَ بْنَ الأَكْوَعِ سَهْمَيْنِ، أحدهما على سبيل التنفيل لجدِّه في القتال، فإنه قال عليه الصلاة والسلام: «خير رجالتنا سلمة بن الأكوع، وخير فرساننا أبو قتادة رضي الله تعالىٰ عنهما»، ونظيره نفقة الخادمين للمرأة.

قوله: وَالْبَرَاذِينُ وَالْعَتَاقُ سَوَاءٌ، إنَّما ذكر هذا لأنَّ أهل الشام يقولون: لا يسهم للبراذين، ورووا فيه حديثًا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذًّا، البِرذون فرس

فِي الكِتَابِ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَمِنْ رِّبَاطِ الخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] وَاسْمُ الخَيْلِ يَنْطَلِقُ عَلَى البَرَاذِينِ وَالْعِرَابِ وَالْهَجِينِ وَالْمَقْرِفِ إطْلَاقًا وَاحِدًا، وَلِأَنَّ العَرَبِيَّ إنْ كَانَ فِي الطَّلَبِ وَالْهَرَبِ أَقْوَىٰ فَالْبِرْذَوْنُ أَصبَرُ وَأَلْيَنُ عَطْفًا، فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْفَعَةٌ مُعْتَبَرَةٌ فَاسْتَوَيَا.

(وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الحَرْبِ فَارِسًا فَنَفَقَ فَرَسُهُ اسْتَحَقَّ سَهْمَ الفُرْسَانِ، وَمَنْ دَخَلَ رَاجِلًا فَاشْتَرَىٰ فَرَسًا اسْتَحَقَّ سَهْمَ رَاجِلٍ) وَجَوَابُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ عَلَىٰ عَكْسِهِ فِي الفَصْلَيْنِ، وَهٰكَذَا رَوَى ابْنُ المُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي الفَصْلِ الثَّانِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الفُرْسَانِ، وَالْحَاصِلُ أَنَّ المُعْتَبَرَ عِنْدَنَا حَالَةُ المُجَاوَزَةِ، وَعِنْدَهُ حَالَةُ انْقِضَاءِ

العجم والجمع البَراذين وخلافها العراب، يقال: فرسٌ عتيقٌ، أي معجبٌ رائعٌ، والجمع العتاق، ويقال: عتاق الطير والخيل كرائمهما، والهجين هو ما يكون أبوه من الكوادن وأمُّه من العربيِّ، المقرف ما يكون أبوه عربيًّا وأمه من الكوادن، والكوادن البَرذون يوكف ويشبه به البليد.

قوله: وَهٰكَذَا، معطوفٌ علىٰ قوله: وَجَوَابُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ.

قوله: فِي الفَصْلِ الثَّانِي، وهو ما إذا دخل دار الحرب راجلاً ثم اشترىٰ فرسًا وقاتل فارسًا، روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليهما أنَّ له سهمُ فارسٍ، وفي ظاهر الرواية لا يستحقُّ سهم الفرسان، كذا في المحيط.

قوله: وَالْحَاصِلُ أَنَّ المُعْتَبَرَ عِنْدَنَا حَالَةُ المُجَاوَزَةِ، أي مجاوزة الدرب، قال

الحَرْبِ، لَهُ أَنَّ السَّبَبَ هُوَ القَهْرُ وَالْقِتَالُ فَيُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ عِنْدَهُ وَالْمُجَاوَزَةُ وَسِيلَةٌ إِلَى السَّبَبِ كَالْخُرُوجِ مِنَ البَيْتِ، وَتَعْلِيقِ الأَحْكَامِ بِالْقِتَالِ يَدُلُّ عَلَىٰ إِمْكَانِ الوُقُوفِ عَلَيْهِ، وَلَوْ تَعَذَّرَ أَوْ تَعَسَّرَ تَعَلَّقَ بِشُهُودِ الوَقْعَةِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى القِتَالِ، وَلَنَا أَنَّ المُجَاوَزَةَ نَفْسَهَا قِتَالٌ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمُ الخَوْفُ بِهَا وَالْحَالُ بَعْدَهَا حَالَةُ الدَّوَامِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِهَا؛

الخليل: الدرب الباب الواسع على السكَّة، وعلىٰ كلِّ مدخل من مداخل الروم درب من دروبِها، كذا في المغرب، والمراد من الدرب ههنا البَرزخ الحاجز بين الدارين أي دار الإسلام ودار الحرب، حتَّىٰ لو جاوز الدرب دخل دار الحرب، ولو جاوزَ أهل دار الحرب الدربَ دخلوا في حدودِ دار الإسلام، وعنده حال انقضاء الحرب وهو تمام الحرب، وهذا رواية عن الشافعي رحمة الله تعالى عليه، والظاهر من مذهبه أنه يعتبَر مجرَّد شهود الوقعة، كذا في النهاية.

قوله: وَتَعْلِيقِ الأَحْكَامِ بِالْقِتَالِ إلخ، جوابٌ بطريق المنع عن قولنا، ولأنَّ الوقوف على حقيقة القتال متعسِّر، ومن الأحكام ما إذا قتل في القتال سقط سهمه وكذا سقط غسله بالشهادة، والعبد إنَّما يرضخ له إذا قاتل أو دلَّ على الطريق.

قوله: وَلَوْ تَعَذَّرَ أَوْ تَعَسَّرَ، يريدُ به: ولو سلم يعسر الوقوف تعلق بشهود الوقعة لأنه أقْرَبُ إلى القتال، قلنا: الوقوف على حقيقة القتال متعذِّر فقد يتحقق القتال في الشاجر والغياض والمضايق، وكذا على شهود الوقعة لأنه حال التقاء الصفين، وما ذكر من تعليق الأحكام قلنا ذلك في حكم الرضخ والرضخ ليس نظير السهم، ألا ترىٰ أنه غير مقدَّر بشيءٍ فلا يستقيم اعتبار السهم بما هو دونه، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِهَا، بدليل أنه لا تعتبَر صيرورته راجلاً أو فارسًا بعد المجاوزة

وَلِأَنَّ الوُقُوفَ عَلَىٰ حَقِيقَةِ القِتَالِ مُتَعَسِّرٌ؛ وَكَذَا عَلَىٰ شُهُودِ الوَقْعَةِ لِأَنَّهُ حَالُ التِقَاءِ الصَّفَّيْنِ فَتُقَامُ المُجَاوَزَةُ مَقَامَهُ، إِذْ هُوَ السَّبَبُ المُفْضِي إِلَيْهِ ظَاهِرًا إِذَا كَانَ عَلَىٰ قَصْدِ القِتَالِ فَيُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ بِحَالَةِ المُجَاوَزَةِ فَارِسًا كَانَ أَوْ رَاجِلًا.

وَلَوْ دَخَلَ فَارِسًا وَقَاتَلَ رَاجِلًا لِضِيقِ المَكَانِ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الفُرْسَانِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَوْ دَخَلَ فَارِسًا ثُمَّ بَاعَ فَرَسَهُ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَجَّرَ أَوْ رَهَنَ فَفِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الفُرْسَانِ اعْتِبَارًا لِلْمُجَاوَزَةِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الرَّجَّالَةِ لِأَنَّ الإِقْدَامَ عَلَىٰ هٰذِهِ التَّصَرُّفَاتِ يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْ قَصْدِهِ بِالْمُجَاوَزَةِ القِتَالُ فَارِسًا، وَلَوْ بَاعَهُ بَعْدَ الفَرَاغِ لَمْ يَسْقُطْ سَهْمُ الفُرْسَانِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ فِي حَالَةِ القِتَالِ عِنْدَ البَعْضِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَسْقُطُ لِأَنَّ البَيْعَ يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّ غَرَضَهُ التِّجَارَةُ فِيهِ إِلَّا أَنَّهُ يَنْتَظِرُ عِزَّتَهُ.

(وَلَا يُسْهِمُ لِمَمْلُوكٍ وَلَا امْرَأَةٍ وَلَا صَبِيٍّ وَلَا ذِمِّيٍّ وَلٰكِنْ يَرْضَخُ لَهُمْ عَلَىٰ حَسَبِ مَا يَرَى الإِمَامُ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

عندنا، وبعد شهود الوقعة أو انقضاء الحرب عند الشافعي رحمة الله تعالى عليه على اختلاف الأصلين، وكذا بالإجماع لا معتبَر ببقاء الفرس إلىٰ حال تمام الاستحقاق، حتّىٰ لو نَفَقَ فرسه بعد القتال قبل إحراز الغنيمة استحقَّ سهم الفرسان فكان المعتبَر حال انعقاد السبب ابتداءً، بخلاف فوت الفارس لأنه المستحق ولا استحقاقَ بعد فوات المستحقِّ.

كَانَ لَا يُسْهِمُ لِلنِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ وَالْعَبِيدِ وَكَانَ يَرْضَخُ لَهُمْ» وَلَمَّا اسْتَعَانَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بِالْيَهُودِ عَلَى اليَهُودِ لَمْ يُعْطِهِمْ شَيْئًا مِنَ الغَنِيمَةِ، يَعْنِي أَنَّهُ لَمْ يُسْهِمْ لَهُمْ، وَلِأَنَّ الجِهَادَ عِبَادَةٌ، وَالذِّمِّيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ العِبَادَةِ، وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ عَاجِزَانِ عَنْهُ وَلِهَٰذَا لَمْ يَلْحَقْهُمَا فَرْضُهُ، وَالْعَبْدُ لَا يُمْكِنُهُ المَوْلَىٰ وَلَهُ مَنْعُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يُرْضَخُ لَهُمْ تَحْرِيضًا عَلَى القِتَالِ مَعَ إِظْهَارِ انْحِطَاطِ رُتْبَتِهِمْ، وَالْمُكَاتَبُ بِمَنْزِلَةِ العَبْدِ لِقِيَامِ الرِّقِّ وَتَوَهُّمِ عَجْزِهِ فَيَمْنَعُهُ المَوْلَىٰ عَنِ الخُرُوجِ إِلَى القِتَالِ، ثُمَّ العَبْدُ إِنَّمَا يُرْضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ لِأَنَّهُ دَخَلَ لِخِدْمَةِ المَوْلَىٰ فَصَارَ كَالتَّاجِرِ، وَالْمَرْأَةُ يُرْضَخُ لَهَا إِذَا كَانَتْ تُدَاوِي الجَرْحَىٰ، وَتَقُومُ عَلَى المَرْضَىٰ لِأَنَّهَا عَاجِزَةٌ عَنْ حَقِيقَةِ القِتَالِ فَيُقَامُ هَٰذَا النَّوْعُ مِنَ الإِعَانَةِ مَقَامَ القِتَالِ، بِخِلَافِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَىٰ حَقِيقَةِ القِتَالِ، وَالذِّمِّيُّ إِنَّمَا يُرْضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ أَوْ دَلَّ عَلَى الطَّرِيقِ، وَلَمْ يُقَاتِلْ لِأَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً لِلْمُسْلِمِينَ، إِلَّا أَنَّهُ يُزَادُ عَلَى السَّهْمِ فِي الدَّلَالَةِ إِذَا كَانَتْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ عَظِيمَةٌ، وَلَا يَبْلُغُ بِهِ السَّهْمَ إِذَا قَاتَلَ؛ لِأَنَّهُ جِهَادٌ، وَالْأَوَّلُ لَيْسَ مِنْ عَمَلِهِ وَلَا يُسَوَّىٰ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُسْلِمِ فِي حُكْمِ الجِهَادِ.

قوله: وَالْأَوَّلُ لَيْسَ مِنْ عَمَلِهِ، يعني أنَّ الدلالةَ ليست من الجهاد فجازَ أن يزاد بِها على سهم الجهاد، ولا يلزم التسوية بينه وبين المسلم، ولا كذلك القتال فإنه لا تجوز فيه الزيادة على السهم لأنه حينئذٍ تلزم المساواةُ بين المسلم والكافر ولا مساواة بينهما.

(وَأَمَّا الخُمُسُ فَيُقَسَّمُ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ: سَهْمٌ لِلْيَتَامَىٰ وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٌ لِابْنِ السَّبِيلِ يَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي القُرْبَىٰ فِيهِمْ وَيُقَدَّمُونَ، وَلَا يُدْفَعُ إِلَىٰ أَغْنِيَائِهِمْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُمْ خُمُسُ الخُمُسِ يَسْتَوِي فِيهِ غَنِيُّهُمْ وَفَقِيرُهُمْ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وَيَكُونُ لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ دُونَ غَيْرِهِمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَلِذِي القُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ الغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ، وَلَنَا أَنَّ الخُلَفَاءَ الأَرْبَعَةَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ قَسَّمُوهُ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ عَلَىٰ نَحْوِ مَا قُلْنَاهُ وَكَفَىٰ بِهِمْ قُدْوَةً، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «يَا مَعْشَرَ بَنِي هَاشِمٍ إِنَّ اللهَ تَعَالَىٰ كَرِهَ لَكُمْ غُسَالَةَ النَّاسِ وَأَوْسَاخَهُمْ وَعَوَّضَكُمْ مِنْهَا بِخُمُسِ الخُمُسِ» وَالْعِوَضُ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ المُعَوَّضُ وَهُمُ الفُقَرَاءُ، وَالنَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَلَّلَ فَقَالَ: «إِنَّهُمْ لَنْ يَزَالُوا مَعِيَ هٰكَذَا فِي الجَاهِلِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ»

قوله: عَلَّلَ فَقَالَ: «إِنَّهُمْ لَنْ يَزَالُوا مَعِيَ، هكذا عن سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الخمس يوم خيبَر وقسم سهمَ ذوي القربىٰ بين بني هاشم وبني المطلب فكلَّمه عثمان بن عفان وجُبير بن مُطعم رضي الله تعالى عنهما قالا: لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله فيهم، ولكن نحن وبنو المطلب في القرب إليك على السواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا؟ فقال: «لم يزالوا معي في الجاهلية والإسلام»، ومعنى الحديث أنَّ أصل النسب هو عبد مناف وكان له أربعة

دَلَّ عَلَىٰ أَنَّ المُرَادَ مِنَ النَّصْرِ قُرْبُ النُّصْرَةِ لَا قُرْبُ القَرَابَةِ.

قَالَ: (فَأَمَّا ذِكْرُ اللهِ تَعَالَىٰ فِي الخُمُسِ فَإِنَّهُ لِافْتِتَاحِ الكَلَامِ تَبَرُّكًا

بنين: هاشم، والمطلب، ونوفل، وعبد شمس، ورسول الله عليه الصلاة والسلام كان من أولاد هاشم، فإنه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم، فكان بنو هاشم أولاد جدِّه وجُبير بن مُطعم كان من بني نوفل، وعثمان بن عفان كان من بني عبد شمس، وولد جدِّ الإنسان أَقْرَبُ إليه من ولد أخي جدِّه، فأمَّا بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بني المطلب في القرابة أسوةً، وقيل: بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا أَقْرَب إليه من بني المطلب، لأن نوفلاً وعبد شمس كانا أخويَّ هاشم لأب وأم، والمطلب كان أخا هاشم لأبيه لا لأمِّه، ثم أعطىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلَّم لبني المطلب ولم يعط لبني نوفل وبني عبد شمس فأشكل ذلك عليهما.

قوله: دَلَّ عَلَىٰ أَنَّ المُرَادَ مِنَ النَّصْرِ قُرْبُ النُّصْرَةِ لَا قُرْبُ القَرَابَةِ، وإنَّما أراد نصرة الاجتماع إليه للمُؤَانسة في حال ما هجره الناس علىٰ ما رُوِيَ أنَّ الله تعالىٰ لمَّا بعث رسوله من بني هاشمٍ ورأىٰ قريشٌ آثار الخير فيهم حسدوهم، وتعاهدوا أن لا يجالسوا بني هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقتلوه، وتعاهد بنو هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ودخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش، ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم حتَّىٰ دخلوا معهم الشعب، وكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، كذا في المبسوط.

قوله: فَأَمَّا ذِكْرُ اللهِ تَعَالَىٰ فِي الخُمُسِ، وهو قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول: سهمُ الله وسهم الرسول واحدٌ فذكر اسم الله للتبَرك ومفتاح الكلام، وقال أبو العالية: يقسم علىٰ ستة أسْهُمٍ: سهم الله يصرف إلى عمارة الكعبة إن كانت الغنيمة بقربِها، وإلىٰ عمارة الجامع

بِاسْمِهِ، وَسَهْمُ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ) لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ وَلَا رَسُولَ بَعْدَهُ وَالصَّفِيُّ شَيْءٌ كَانَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - يَصْطَفِيهِ لِنَفْسِهِ مِنَ الغَنِيمَةِ مِثْلَ دِرْعٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ جَارِيَةٍ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُصْرَفُ سَهْمُ الرَّسُولِ إِلَى الخَلِيفَةِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمْنَاهُ (وَسَهْمُ ذَوِي القُرْبَىٰ كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالنُّصْرَةِ) لِمَا رَوَيْنَا.

قَالَ: (وَبَعْدَهُ بِالْفَقْرِ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ:

في كل بلدةٍ هيَ بالقرب من موضع القسمة، لأنَّ هذه بقاع مضافة إلى الله تعالى وهذا السهم لله فيصرف إلىٰ عمارة البقاع المضافة إلى الله تعالىٰ.

قوله: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمْنَاهُ، وهو أنَّ الخلفاء الأربعة الراشدين قسَّموه علىٰ ثلاثة أسهُم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحدٌ، فحلَّ محل الإجماع، وبه تبيَّن أنَّ قسمة النبي عليه الصلاة والسلام ما كانت بطريق الحتم واللزوم بل بطريق الجواز إذ لا يظنُّ بِهم خلافه عليه الصلاة والسلام، يؤيِّده ما رُوِي عنه عليه الصلاة والسلام: «سهم ذوي القربىٰ لهم في حال حياتِي وليس لهم بعد مماتِي» ولأنَّ استحقاقهم كان بالنصرة وقد فاتت بوفاته عليه الصلاة والسلام فيفوت الاستحقاق لا للانتساخ بعد موته بل لعدم علته وهي النصرة، فإن قيل: لا يجوز أن يتعلَّق الحكم بعين النصرة لثبوت الاستحقاق للنساء والذراري وليسوا بأهل النصرة، قلنا: ما كانت هذه نصرة قتال وإنَّما كانت نصرة اجتماع إليه في الشعب للمؤانسة في حال هجرة الناس، ومثل هذا يكون للنساء والولدان على أنَّهم تبعٌ للرجال.

هٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: سَهْمُ الفَقِيرِ مِنْهُمْ سَاقِطٌ أَيْضًا لِمَا رَوَيْنَا مِنَ الإِجْمَاعِ، وَلِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الصَّدَقَةِ نَظَرًا إِلَى المَصْرِفِ فَيُحَرِّمُهُ كَمَا حَرَّمَ العُمَالَةَ، وَجْهُ الأَوَّلِ وَقِيلَ هُوَ الأَصَحُّ مَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَعْطَى الفُقَرَاءَ مِنْهُمْ، وَالْإِجْمَاعُ انْعَقَدَ عَلَىٰ سُقُوطِ حَقِّ الأَغْنِيَاءِ، أَمَّا فُقَرَاؤُهُمْ فَيَدْخُلُونَ فِي الأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الوَاحِدُ أَوِ الِاثْنَانِ دَارَ الحَرْبِ مُغِيرَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا لَمْ يُخَمَّسْ) لِأَنَّ الغَنِيمَةَ هُوَ المَأْخُوذُ قَهْرًا وَغَلَبَةً لَا اخْتِلَاسًا وَسَرِقَةً، وَالْخُمُسُ وَظِيفَتُهَا، وَلَوْ دَخَلَ الوَاحِدُ أَوِ الِاثْنَانِ بِإِذْنِ الإِمَامِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُخَمَّسُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَذِنَ لَهُمُ

قوله: هٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وهو أنَّهم كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه الصلاة والسلام بالنصرة، وبعده بالفقر أي يسقط الأغنياء بعد موته ولا يسقط الفقراء وهو الأصحُّ، وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: سَهْمُ الفَقِيرِ مِنْهُمْ سَاقِطٌ أَيْضًا.

قوله: كَمَا حَرَّمَ العُمَالَةَ، أي إذا كان العامل هاشميًّا.

قوله: أَمَّا فُقَرَاؤُهُمْ فَيَدْخُلُونَ فِي الأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ، أي أيْتام ذوي القربىٰ يدخلون في سهم اليتامىٰ، ومساكين ذوي القربىٰ يدخلون في سهم المساكين، وابن السبيل من ذوي القربىٰ كذلك.

قوله: فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وجه الرواية الأخرىٰ أنَّ من لا منعةَ له لا يقدر علىٰ مغالبة

الإِمَامُ فَقَدِ التَزَمَ نُصْرَتَهُمْ بِالْإِمْدَادِ فَصَارَ كَالْمَنَعَةِ (فَإِنْ دَخَلَتْ جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ فَأَخَذُوا شَيْئًا خُمِّسَ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُمُ الإِمَامُ) لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ قَهْرًا وَغَلَبَةً فَكَانَ غَنِيمَةً، وَلِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الإِمَامِ أَنْ يَنْصُرَهُمْ إِذْ لَوْ خَذَلَهُمْ كَانَ فِيهِ وَهْنُ الْمُسْلِمِينَ، بِخِلَافِ الوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ نُصْرَتُهُمْ.

الكفار وقهرهم، فالمأخوذ لا يكون غنيمةً فلا يخمس، ولأنَّ العدد اليسير إنَّما يدخلون لاكتساب المال لا لإعزاز الدين فصاروا كتُجَّار العسكر، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ فِي التَّنْفِيلِ

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُنَفِّلَ الإِمَامُ فِي حَالِ القِتَالِ وَيُحَرِّضَ بِهِ عَلَى القِتَالِ فَيَقُولُ: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ، وَيَقُولُ لِلسَّرِيَّةِ: قَدْ جَعَلْتُ لَكُمُ الرُّبُعَ بَعْدَ الخُمُسِ) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا رَفَعَ الخُمُسَ لِأَنَّ التَّحْرِيضَ

فصل في التنفيل

قوله: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُنَفِّلَ الإِمَامُ، ذكر بلفظ لا بأس وأنه مستحب، ذكر في المبسوط: ويستحبُّ للإمام أن ينفل قبل الإصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِۚ﴾ [الأنفال: ٦٥]، فإن قيل: مطلق الأمر للوجوب ولم يجب التنفيل، قلنا: في التنفيل تحريض بعض الغزاة مع توهين البعض، وتوهين المسلم حرامٌ خصوصًا في مثل هذا الوقت ولأنَّ التحريضَ بشيء مبهم قد يكون ذلك بالتنفيل وقد يكون ذلك بذكر ثواب الآخرة، فلو كان التحريض نفسه واجبًا لا يلزم أن يكون التحريض العين بالتنفيل واجبًا، وفي الإيضاح: ويجوز التنفيل في سائر الأموال من الذهب والفضَّة وغير ذلك، وكذلك يجوز في السلب وغير ذلك، نحو أن يقول الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه، ومن أصاب شيئًا فهو له، أو قال: ما أصبتم فلكم منه الربع أو النصف، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ، وذكر في السير الكبير: إذا قال الإمام لأهل العسكر جميعًا: ما أصبتم فهو لكم نفلاً بعد الخمس، فهذا لا يجوز لأنَّ المقصود من التنفيل التحريض على القتال وإنَّما يحصل ذلك إذا خصَّ البعض بالتنفيل، وأمَّا إذا عمَّهم فلا يحصل به ما هو المقصود بالتنفيل، وإنَّما في هذا إبطال السهمان التي أوْجَبَها رسول الله عليه الصلاة والسلام وإبطال تفضيل الفارس

مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥] وَهٰذَا نَوْعُ تَحْرِيضٍ، ثُمَّ قَدْ يَكُونُ التَّنْفِيلُ بِمَا ذَكَرَ وَقَدْ يَكُونُ بِغَيْرِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُنَفِّلَ بِكُلِّ الْمَأْخُوذِ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّ الكُلِّ، فَإِنْ فَعَلَهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازَ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ إِلَيْهِ وَقَدْ تَكُونُ المَصْلَحَةُ فِيهِ (وَلَا يُنَفِّلُ بَعْدَ إِحْرَازِ الغَنِيمَةِ بِدَارِ الإِسْلَامِ) لِأَنَّ حَقَّ الغَيْرِ قَدْ تَأَكَّدَ فِيهِ بِالْإِحْرَازِ.

قَالَ: (إِلَّا مِنَ الخُمُسِ) لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْغَانِمِينَ فِي الخُمُسِ (وَإِذَا لَمْ

على الراجل، وذلك لا يجوز، وكذا إذا قال: ما أصبتم فهو لكم، ولم يقل بعد الخمس، فهذا لا يجوز لأنَّ فيه إبطال الخمس الذي أَوْجَبَه الله تعالى في الغنيمة، وإبطالاً لحقِّ ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز، قال عليه الصلاة والسلام: «وهل تنصرون وترزقون إلَّا بضعفائكم؟»، والنفل ما ينفل الإمام الغازي أي يعطيه زائدًا علىٰ سهمه، وعن علي ابن عيسى رحمهما الله تعالى: أنَّ الغنيمة أعمُّ من النفل، والفيءُ أعمُّ من الغنيمة لأنه اسم لكل ما صار للمسلمين من أموال أهل الشرك.

قوله: فَإِنْ فَعَلَهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازَ، وفي المبسوط: فالسرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار، والجيش هو الجمع العظيم يجيش بعضهم في بعضٍ، قال عليه الصلاة والسلام: «خيرُ الأصحاب أربعة، وخير السرايا أربع مائة، وخير الجيوش أربعة آلاف» فكان التنفيل للسرية تنفيلاً لبعض الجيش، ولهذا إذا بعث سرية عن دار الإسلام لا ينبغي أن تنفل السرية ما أصابوا.

قوله: وَلَا يُنَفِّلُ بَعْدَ إِحْرَازِ الغَنِيمَةِ ... إِلَّا مِنَ الخُمُسِ، لأنه لا حقَّ للغانمين في الخمس، لا يقال: فيه إبطال حقِّ الأصناف الثلاثة لأنه إنما جاز هذا باعتبار أنَّ المنفل له

يَجْعَلِ السَّلْبَ لِلْقَاتِلِ فَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الغَنِيمَةِ، وَالْقَاتِلُ وَغَيْرُهُ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: السَّلْبُ لِلْقَاتِلِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُسْهِمَ لَهُ وَقَدْ قَتَلَهُ مُقْبِلًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ» وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ نَصْبُ شَرْعٍ لِأَنَّهُ بَعَثَهُ لَهُ، وَلِأَنَّ القَاتِلَ مُقْبِلًا أَكْثَرَ غَنَاءً فَيَخْتَصُّ بِسَلَبِهِ إِظْهَارًا لِلتَّفَاوُتِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَلَنَا أَنَّهُ مَأْخُوذٌ بِقُوَّةِ الجَيْشِ فَيَكُونُ غَنِيمَةً فَيُقَسَّمُ الغَنَائِمَ كَمَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِحَبِيبِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ «لَيْسَ

جعل واحدًا من الأصناف الثلاثه فلم يكن فيه حينئذٍ إبطال حقُّ الأصناف الثلاثة إذ يجوز صرف الخمس إلىٰ أحد الأصناف الثلاثة، وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في السير الكبير: لا بأسَ بأن يعطي الإمام الرجلَ المحتاج إذا أبلىٰ من الخمس ما يغنيه ويجعله نفلاً له بعد الغنيمة، لأنه مأمورٌ بصرف الخمس إلى المحتاجين وهذا محتاجٌ، وإذا جاز صرفه إلىٰ محتاج لم يقاتل فلأَن يجوز صرفه إلىٰ محتاج قَاتَل وأبْلَىٰ بلاءً حسنًا كان أوْلَىٰ، وهذا نظير من وجد ركازًا فرآه الإمام محتاجًا فصرف الخمس إليه جاز، وفي الذخيرة: ولا ينبغي للإمام أن يضع ذلك في الغنى ويجعله نفلاً له بعد الإصابة لأنَّ الخمس حقُّ المحتاجين لا حقُّ الأغنياء فجعله للغنيِّ إبطال حقِّ المحتاجين.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، إلخ، يعني أنَّ القاتل إذا قتل مشركًا علىٰ وجه المبارزة وهو مقبل استحقَّ سلبه وإن لم ينفله الإمام، وعندنا لا يستحقُّ القاتل السلب بدون التنفيل.

قوله: وَقَدْ قَتَلَهُ مُقْبِلًا، وهو حال من المفعول لأنَّ الشرط عنده كون القتيل مقبلاً، حتى لو قتل منهزمًا أو نائمًا أو مشغولاً بشيء لم يستحقَّ السلب.

لَك مِنْ سَلَبِ قَتِيلِكَ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِكَ» وَمَا رَوَاهُ يَحْتَمِلُ نَصْبَ الشَّرْعِ وَيَحْتَمِلُ التَّنْفِيلَ فَنَحْمِلُهُ عَلَى الثَّانِي لِمَا رَوَيْنَاهُ، وَزِيَادَةُ الغَنَاءِ لَا تُعْتَبَرُ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ كَمَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَالسَّلَبُ مَا عَلَى المَقْتُولِ مِنْ ثِيَابِهِ وَسِلَاحِهِ وَمَرْكَبِهِ، وَكَذَا مَا كَانَ عَلَىٰ مَرْكَبِهِ مِنَ السَّرْجِ وَالْآلَةِ، وَكَذَا مَا مَعَهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِنْ مَالِهِ فِي حَقِيبَتِهِ أَوْ عَلَىٰ وَسَطِهِ وَمَا عَدَا ذٰلِكَ فَلَيْسَ بِسَلَبٍ) وَمَا كَانَ مَعَ غُلَامِهِ عَلَىٰ دَابَّةٍ أُخْرَىٰ فَلَيْسَ بِسَلَبِهِ، ثُمَّ حُكْمُ التَّنْفِيلِ قَطَعَ حَقَّ البَاقِينَ، فَأَمَّا المِلْكُ فَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ الإِحْرَازِ بِدَارِ الإِسْلَامِ لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، حَتَّىٰ لَوْ قَالَ الإِمَامُ مَنْ أَصَابَ جَارِيَةً فَهِيَ لَهُ فَأَصَابَهَا مُسْلِمٌ وَاسْتَبْرَأَهَا لَمْ يَحِلَّ لَهُ وَطْؤُهَا، وَكَذَا لَا يَبِيعُهَا، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُ أَنْ يَطَأَهَا وَيَبِيعَهَا، لِأَنَّ التَّنْفِيلَ يَثْبُتُ بِهِ المِلْكُ عِنْدَهُ كَمَا يَثْبُتُ بِالْقِسْمَةِ

قوله: وَمَا رَوَاهُ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه» يحتمل التنفيل وهو الظاهر، لأنَّ مثل ذلك إنَّما يكون لنصب الشرع إذا قاله بالمدينة في مسجده، ولم ينقل أنه قال ذلك إلَّا يوم بدرٍ عند القتال للحاجة إلى التحريض وقد كانوا أذلَّة، ويوم حُنينٍ حين وَلُّوا منهزمين للحاجة إلى التحريض، وكما قال ذلك يوم بدرٍ قال أيضًا: «من أخذ أسيرًا فهو له» ثم كان ذلك منه علىٰ وجه التنفيل فكذلك في السلب، كذا في المبسوط.

قوله: لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وهو ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها من قوله: ولأنَّ الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة.

فِي دَارِ الحَرْبِ وَبِالشِّرَاءِ مِنَ الحَرْبِيِّ، وَوُجُوبُ الضَّمَانِ بِالْإِتْلَافِ قَدْ قِيلَ عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: قَدْ قِيلَ عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، يعني إذا أتْلف النفل في دار الحرب يجب الضمان على المتلف عند محمد رحمة الله تعالىٰ عليه، وعندهما لا يجبُ، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

بَابُ اسْتِيلَاءِ الكُفَّارِ

(وَإِذَا غَلَبَ التُّرْكُ عَلَى الرُّومِ فَسَبَوْهُمْ وَأَخَذُوا أَمْوَالَهُمْ مَلَكُوهَا)؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ قَدْ تَحَقَّقَ فِي مَالٍ مُبَاحٍ وَهُوَ السَّبَبُ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (فَإِنْ غَلَبْنَا عَلَى التُّرْكِ حَلَّ لَنَا مَا نَجِدُهُ مِنْ ذٰلِكَ) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ أَمْلَاكِهِمْ.

(وَإِذَا غَلَبُوا عَلَىٰ أَمْوَالِنَا وَالْعِيَاذُ بِاللهِ وَأَحْرَزُوهَا بِدَارِهِمْ مَلَكُوهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَمْلِكُونَهَا؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ مَحْظُورٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً وَالْمَحْظُورُ لَا يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَةِ

باب استيلاء الكفار

قوله: وَإِذَا غَلَبَ التُّرْكُ - أي كفار التُّرك - عَلَى الرُّومِ، أي نصارى الروم.

قوله: مِنْ ذٰلِكَ، أي من مال أهل الروم الذي استولى عليه الترك.

قوله: بِسَائِرِ أَمْلَاكِهِمْ، الضمير يرجع إلى التُّرك لأنَّهم لمَّا ملكوه صار كأموالهم الأصلية.

قوله: لِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ مَحْظُورٌ ابْتِدَاءً - أي حين أخذوا - وَانْتِهَاءً - أي حين أحرزوا بدارهم - وَالْمَحْظُورُ لا يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَةِ الخَصْمِ، ولا يقال: الحظر غير ثابتٌ في حقهم لأنَّهم لا يخاطبون بالشرائع، لأنَّهم لا يخاطبون بالحرمات

الخَصْمِ، وَلَنَا أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ وَرَدَ عَلَىٰ مَالٍ مُبَاحٍ فَيَنْعَقِدُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ دَفْعًا لِحَاجَةِ المُكَلَّفِ كَاسْتِيلَائِنَا عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ، وَهٰذَا لِأَنَّ العِصْمَةَ تَثْبُتُ عَلَىٰ مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ ضَرُورَةَ تَمَكُّنِ المَالِكِ مِنَ الِانْتِفَاعِ، فَإِذَا زَالَتِ المُكْنَةُ عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ، غَيْرَ أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا

كالربا والزنا فتثبت حرمة هذا الفعل في حقِّهم، والمراد بالمحظور هنا المحظور من وجهٍ دون وجهٍ، أمَّا إذا كان محظورًا من كل وجهٍ بأن يكون محظورًا بأصله ووصفه بأن استولّى المسلم على مال المسلم فإنه غير موجب للملك بالاتفاق، وَلَنَا أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ وَرَدَ عَلَىٰ مَالٍ مُبَاحٍ، أي استيلاء الكفار وَرَدَ علىٰ مالٍ مباح لأنَّ استيلاءهم علىٰ أموالنا إنَّما يثبت الملكَ لهم إذا أحرزوها بدارهم والكلام فيه، فبعد الإحراز بدارهم تزولُ عصمة صاحبها ويصير مباح التملك فلا يكون أخذهم ذلك المال عدوانًا، كذا في الأسرار.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّ العِصْمَةَ تَثْبُتُ عَلَىٰ مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ، أي قولنا: أنَّ استيلاءهم ورد علىٰ مال مباح لأنَّ العصمة في المال لكل من يثبت من مسلم أو كافر إنَّما يثبت على خلاف الدليل، فإنَّ الدليل يقتضي أن لا يكون المال معصومًا لأحدٍ لقوله تعالىٰ: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] إلَّا أنَّ العصمة إنَّما تثبت لمن اختصَّ هو به بسبب من الأسباب، من شراءٍ أو إرثٍ أو غيرهما ليتمكَّن من الانتفاع به، إذ لو لم يكن مخصوصًا هو بالعصمة نازعه آخر في الانتفاع، فلمَّا زال تمكنه من الانتفاع بسبب إحرازهم بدار الحرب ولم يبق ما يوجب عصمته وهو تمكين المالك من الانتفاع عاد المال مباحًا كما يقتضيه الدليل، فصار بمنزلة الصيد والحشيش، ثمَّ لمَّا وقع استيلاؤهم عليه في هذه الحالة كان استيلاؤهم على مالٍ مباحٍ فأوْجَبَ الملك لهم، وعن هذا وقع الفرق بين أموالنا ورقابنا، فإنَّ الرقاب كلها لم تخلق محلًّا للتملك في الأصل، وإنَّما تثبت المحلية بعارض الكفر وليس في رقابنا ذلك، فلذلك لا يملكون أحرارنا وإن أحرزوهم بدارهم.

بِالْإِحْرَازِ بِالدَّارِ؛ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الِاقْتِدَارِ عَلَى المَحَلِّ حَالًا وَمَآلًا، وَالْمَحْظُورُ لِغَيْرِهِ إِذَا صَلُحَ سَبَبًا لِكَرَامَةٍ تَفُوقُ المِلْكَ وَهُوَ الثَّوَابُ الآجِلُ فَمَا ظَنُّك بِالْمِلْكِ العَاجِلِ؟.

قوله: عِبَارَةٌ عَنِ الِاقْتِدَارِ عَلَى المَحَلِّ حَالًا وَمَآلًا، يعني أنَّ الكفَّار إذا استولوا علىٰ أموال المسلمين فهم ما داموا في دار الإسلام إن اقتدروا عليها حالاً لم يقتدروا مآلاً، لأنَّ الظاهر أنَّ المسلمين يغلبون عليهم ويأخذون الأموال، وأمَّا إذا أحرزوها بدار الحرب فقد اقتدروا عليها حالاً ومآلاً لانقطاع ولاية المسلمين، فإن قيل: كيف يملكون أموالنا بالاستيلاء وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾ [النساء: ١٤١] والتملُّك بالقهر من أقوىٰ جهات السبيل، قلنا: النصُّ تناول المؤمنين وهم لا يملكونَهم بالاستيلاء، وحقُّ الاستِرداد للمالك القديم لا يدلُّ على قيام الملك، فالواهب يرجع في هبته ويعيد إلىٰ قديم ملكه مع زوال ملكه، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالى: وقوله في الهداية: لِأَنَّ العِصْمَةَ تَثْبُتُ عَلَىٰ مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ ضَرُورَةَ تَمَكُّنِ المَالِكِ مِنَ الِانْتِفَاعِ، فَإِذَا زَالَتِ المُكْنَةُ عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ، مشكلٌ، لأنَّا إذا غلبنا على أموال أهل البغي وأحرزنا بدارنا لم نملكها مع زوال المكنة، إلَّا أن يُقال: أراد به زوال المكنة بالإحراز بدار الحرب، ثم أصل الدار واحد وهي بحكم الديانة مختلفة فبقيت العصمة من وجهٍ دون وجهٍ فلم يثبت الملك بالشكِّ، بخلاف أهل الحرب لأنَّ الدار مختلفةٌ والمنعة متباينةٌ من كل وجهٍ فبطلت العصمةُ لنا في حقِّهم ولهم في حقِّنا من كل وجهٍ.

قوله: وَالْمَحْظُورُ لِغَيْرِهِ إِذَا صَلُحَ سَبَبًا، إلخ، جوابٌ عن قول الخصم أنه محظورٌ، قلنا: نعم هو محظورٌ إلَّا أنه محظور لغيره ومباحٌ في نفسه لكونه سببًا لإقامة المصالح، والمحظور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببًا للملك، كالبيع وقت النداء، ودلَّ عليه أنَّ المحظورَ بغيره وهو الصلاة في الأرض المغصوبة يصلح سببًا لاستحقاق أعلى النعم وهو

(فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا الْمُسْلِمُونَ فَوَجَدَهَا الْمَالِكُونَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهِيَ لَهُمْ بِغَيْرِ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدُوهَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذُوهَا بِالْقِيمَةِ إِنْ أَحَبُّوا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِيهِ «إِنْ وَجَدْتَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدْتَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لَكَ بِالْقِيمَةِ» وَلِأَنَّ الْمَالِكَ الْقَدِيمَ زَالَ مِلْكُهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْأَخْذِ نَظَرًا لَهُ، إِلَّا أَنَّ فِي الْأَخْذِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ضَرَرًا بِالْمَأْخُوذِ مِنْهُ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ الْخَاصِّ فَيَأْخُذُهُ بِالْقِيمَةِ؛ لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَالشَّرِكَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ عَامَّةٌ فَيَقِلُّ

الثواب في الآخرة فلأن يصلح سببًا للملك في الدنيا أَوْلىٰ، وفي الكافي: وقوله: وَالْمَحْظُورُ لِغَيْرِهِ إِذَا صَلُحَ سَبَبًا لِكَرَامَةٍ تَفُوقُ المِلْكَ وَهُوَ الثَّوَابُ الآجِلُ - أي إذا صلى في أرض مغصوبة - فَمَا ظَنُّك بِالْمِلْكِ العَاجِلِ؟ مشكلٌ أيضًا، لأنَّ العصمة لا تخلو إمَّا أن زالت بالإحراز بدارهم أو لم تزل، فإن زالت لا يكون الاستيلاء محظورًا لما مرَّ، وإن لم تزل لا يصير ملكًا كما في مسئلة البغاة، إلَّا أن يقال: العصمة المؤثمة باقيةٌ لأنَّها بالإسلام وإن زالت المقومة لأنَّها بالدار.

قوله: فَوَجَدَهَا المَالِكُونَ قَبْلَ القِسْمَةِ فَهِيَ لَهُمْ بِغَيْرِ شَيْءٍ، أي وإن أحرزها الغانمون بدار الإسلام، وذكر في الإيضاح: فأمَّا إذا وجد قبل القسمة فكان ينبغي أن يأخذ بالقيمة أيضًا، لأنَّ حقَّ الجماعة متعلق به وقد استحكم هذا بالإحراز بدار الإسلام، ألا ترىٰ أنه لو أتلف إنسانٌ شيئًا من الغنيمة قبل القسمة يضمن، إلَّا أنَّا تركنا هذا الأصل لحديث عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما، فإنه رُوِيَ عنه أنَّ المشركين غلبوا علىٰ بعيرٍ لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسألَ النبي صلى الله عليه وسلَّم عن ذلك فقال: إن وجدته قبل القسمة، الحديث.

الضَّرَرُ فَيَأْخُذُهُ بِغَيْرِ قِيمَةٍ.

(وَإِنْ دَخَلَ دَارَ الحَرْبِ تَاجِرٌ فَاشْتَرَىٰ ذٰلِكَ وَأَخْرَجَهُ إِلَىٰ دَارِ الإِسْلَامِ فَمَالِكُهُ الأَوَّل بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مَجَّانًا؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ قَدْ دَفَعَ العِوَضَ بِمُقَابَلَتِهِ فَكَانَ اعْتِدَالُ النَّظَرِ فِيمَا قُلْنَاهُ، وَلَوِ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ يَأْخُذُهُ بِقِيمَةِ العَرَضِ، وَلَوْ وَهَبُوهُ لِمُسْلِمٍ يَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ مِلْكٌ خَاصٌّ فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِالْقِيمَةِ، وَلَوْ كَانَ مَغْنُومًا وَهُوَ مِثْلِيٌّ يَأْخُذُهُ قَبْلَ القِسْمَةِ وَلَا يَأْخُذُهُ بَعْدَهَا؛ لِأَنَّ الأَخْذَ بِالْمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا لَا يَأْخُذُهُ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشْتَرًى بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا.

قوله: وَلَوْ وَهَبُوهُ لِمُسْلِمٍ يَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ، فإن قيل: هذا الملك يثبتُ للموهوب له بغير عوضٍ، بخلاف ما ثبت لأحد الغزاة بالقسمة لأنَّ هذا الحق إنَّما تعيَّن له بإزاء ما انقطع من حقِّه عما في أيدي الغانمين، قلنا: هٰهنا أيضًا يثبت له هذا الملك بعوض معنًى لِمَا أنَّ المكافاة مقصودةٌ في الهبة وإن لم تكن مشروطةً، فجعل ذلك المعنى معتبَرًا في إثبات حقِّه في الغنيمة، إلىٰ هذا أشار في المبسوط.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّ الأَخْذَ بِالْمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشْتَرًى بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا، ولو اشتَراه المسلمُ بأقلَّ قدرًا منه أو بجنسٍ آخر أو بجنسه ولكن أردأ منه وصفًا فله أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتَري، وقال في الإيضاح: إلَّا أن يكون اشتَراه منهم بخلاف جنسه فيكون الأخذ مفيدًا، وكذلك لو اشتَراه بجنسه بأقلَّ منه فله أن يأخذه بمثل ما اشترىٰ ولا يكون هذا ربًا لأنه إنَّما فدىٰ

قَالَ: (فَإِنْ أَسَرُوا عَبْدًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَىٰ دَارِ الإِسْلَامِ فَفُقِئَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ أَرْشَهَا فَإِنَّ المَوْلَىٰ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أُخِذَ بِهِ مِنَ العَدُوِّ) أَمَّا الأَخْذُ بِالثَّمَنِ فَلِمَا قُلْنَا (وَلَا يَأْخُذُ الأَرْشَ) ؛ لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ صَحِيحٌ، فَلَوْ أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِمِثْلِهِ وَهُوَ لَا يُفِيدُ وَلَا يُحَطُّ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ

ليستخلص ملكه ويعيده إلىٰ قديم ملكه.

قوله: أَمَّا الأَخْذُ بِالثَّمَنِ فَلِمَا قُلْنَا، وهو قوله: لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مَجَّانًا.

قوله: لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ صَحِيحٌ، بدليل حلِّ الوطء للمشتَري من الكافر، واحترز به عن المشتَري شراءً فاسدًا فإنَّ الأوصاف هناك مضمونةٌ.

قوله: لِأَنَّ الأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، قيل: فيه نظرٌ، لأنَّ الوصف إنما لا يقابله شيء من الثمن إذا لم يصر مقصودًا بالتناول، ألا ترىٰ أنه لو اشتَرىٰ عبدًا ففقئت عينه ثمَّ باعه مرابحةً فإنه يحطُّ من الثمن ما يخصُّ العين لأنَّها صارت مقصودةً بالتناول، كذا في الفوائد الظهيرية، وذكر الخبازي رحمه الله تعالىٰ [1]: فإن قيل: الوصف إنَّما لا يقابله شيءٌ من الثمن إذا لم يصر مقصودًا بالإتلاف، ألا ترىٰ أنَّ في مسئلة المرابحة لو فقأ عينه إنسانٌ

---

(١) هو الإمام عُمر بن مُحَمَّد بن عُمر، جلال الدِّين الخَبَّازِي الخجندي، قَالَ الذَّهَبِيّ: المُفْتِي الزَّاهِد الحَنَفِي، رَأيْته لمَّا قدم دمشق يدرس بالعِزِّية البرانية، ثمَّ حج ودرس بالخاتُونيَّة، وَمَات فِي آخر سنة إِحْدَىٰ وَتِسْعين وست مائَة (٦٩١) فى عشر السّبْعين، قلتُ: وَله الحَوَاشِي المَشْهُورَة على «الْهِدَايَة»، وَله أَيْضا «الْمُغنِي» فى أصُول الفِقْه وانتفع النَّاس بهما، وَكَانَ يَعْنِي الشَّيْخ جلال الدِّين الخَبَّازِي فَقِيهًا زاهدًا عابدًا متنسِّكًا عَارِفًا بِمذهب أبي حنيفَة وَأَصْحَابه. انظر: الجواهر المضية ٢/ ٦٦٨- ٦٦٩، تاج التَّراجم ٢٢٠-٢٢١، البداية والنهاية ١٧/ ٦٥٥-٦٥٦ وغيرها.

الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَمَّا تَحَوَّلَتْ إِلَى الشَّفِيعِ صَارَ الْمُشْتَرَىٰ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرَىٰ شِرَاءً فَاسِدًا، وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ فِيهِ كَمَا فِي الغَصْبِ، أَمَّا هَاهُنَا المِلْكُ صَحِيحٌ فَافْتَرَقَا.

أو فقأها بنفسه ثمَّ باعه مرابحةً من غير بيان ثم علم المشتَري بذلك يحطُّ قسطها من الثمن، فكذلك ينبغي أن يحطَّ من ثمن العبد قدر الأرش، قلنا: لمَّا لم يكن للمالك القديم حقُّ أخذ الأرش لِمَا بينا صار في حقِّه بمنزلة الفائت لا بمنزلة المتلف، بخلاف مسئلة المرابحة لأنه متلفٌ حقيقةً، ولو كان له قسط من الثمن حقيقةً بأن يكون شيئين حقيقةً ليس له أن يرابح على غير العين الذي أخذ أرشها لأنَّ الشبهة في المرابحة ملحقةٌ بالحقيقة، فأمَّا ههنا حقُّ الأخذ في العين بالنصِّ بخلاف القياس فكيف يلحق بِها البدل، وعن محمَّد رحمه الله تعالى: أنَّ المولى يسقط عنه حصَّة الأرش من الفداء، كالشفيع فإنه يأخذ بالحصَّة إن استهلك آخر شيئًا من البناء، والفرق على الظاهر أنَّ الصفقة إذا تحوَّلت إلى الشفيع صار المشتري في المشترى كالمشتري شراءً فاسدًا من حيث أنَّ كل واحد من القبض واجب النقض كرهًا لحقِّ الشرع.

قوله: وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ فِيهِ كَمَا فِي الغَصْبِ، إذ الواجب فيهما القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع، وفي البيع الصحيح الواجب الثمن باعتبار العقد وهو يرد على الذات، فإن قيل: شراء التاجر هنا أيضًا بمنزلة شراء المشترى فاسدًا من حيث وجوب الردِّ؟ قلنا: إلحاق مسئلة الشفعة بالمشتَري شراءً فاسدًا أَوْلىٰ من شراء التاجر من الكافر من حيث أنَّ شراء المشتري بدون رضا الشفيع مكروه، بخلاف شراء التاجر بدون رضا المالك، وقوله: وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ فِيهِ كَمَا فِي الغَصْبِ، أي في غير الربوي، أمَّا في الربوي يجوز أن يغصبه حنطةً فعفنت عنده، أو إناء فضَّةٍ فهشم في يده فصاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه، وإن شاء تركه وضمنه مثله تفاديًا عن الربا.

(وَإِنْ أَسَرُوا عَبْدًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَسَرُوهُ ثَانِيًا وَأَدْخَلُوهُ دَارَ الحَرْبِ فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ آخَرُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَلَيْسَ لِلْمَوْلَى الأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ) ؛ لِأَنَّ الأَسْرَ مَا وَرَدَ عَلَىٰ مِلْكِهِ (وَلِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ) ؛ لِأَنَّ الأَسْرَ وَرَدَ عَلَىٰ مِلْكِهِ (ثُمَّ يَأْخُذُهُ المَالِكُ القَدِيمُ بِأَلْفَيْنِ إِنْ شَاءَ) ؛ لِأَنَّهُ قَامَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنَيْنِ فَيَأْخُذُهُ بِهِمَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ المَأْسُورُ مِنْهُ الثَّانِي غَائِبًا لَيْسَ لِلأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ اعْتِبَارًا بِحَالِ حَضْرَتِهِ (وَلَا يَمْلِكُ عَلَيْنَا أَهْلُ الحَرْبِ بِالْغَلَبَةِ مُدَبَّرِينَا وَأُمَّهَاتِ أَوْلَادِنَا وَمُكَاتَبِينَا وَأَحْرَارَنَا وَنَمْلِكُ عَلَيْهِمْ جَمِيعَ

قوله: وَلِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي، ولا يكون ذلك للمالك القديم، وإنَّما رجَّحنا جانب المشتري الأول على المالك القديم في ولاية الأخذ لأنه على تقدير أخذ المشتري لا يبطل حقُّ المالك القديم لولاية الأخذ له بعد أخذ المشتري الأول، ولو أخذه المالك القديم يبطل حقُّ المشتري الأول لأنه لا ولايةَ له بعد أخذ المالك القديم فلهذا رجَّحنا جانب المشتري الأول.

قوله: لِأَنَّ الأَسْرَ مَا وَرَدَ عَلَىٰ مِلْكِهِ، كما إذا وهب رجلٌ آخر شيئًا فوهبه الموهب له من آخرٍ فليس للواهب الأول عليه سبيل ما لم يرجع الثاني في هبته.

قوله: فَيَأْخُذُهُ بِهِمَا، فإن قيل: يتضرَّر المالك بذلك فوجب أن يكون له حقُّ الأخذ من المشتري الثاني كيلا يتضرَّر، قلنا: لو أخذ هو من المشتري الثاني يتضرَّر المشتري الأول ضررًا لا عوضَ في مقابلته، ولو أخذ المالك من المشتري الأول يتضرَّر لكن بعوضٍ وهو العبد فكان أَوْلىٰ.

ذٰلِكَ) ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يُفِيدُ المِلْكَ فِي مَحَلِّهِ، وَالْمَحَلُّ المَالُ المُبَاحُ، وَالْحُرُّ مَعْصُومٌ بِنَفْسِهِ، وَكَذَا مَنْ سِوَاهُ؛ لِأَنَّهُ تَثْبُتُ الحُرِّيَّةُ فِيهِ مِنْ وَجْهٍ، بِخِلَافِ رِقَابِهِمْ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ عِصْمَتَهُمْ جَزَاءً عَلَىٰ جِنَايَتِهِمْ وَجَعَلَهُمْ أَرِقَّاءَ وَلَا جِنَايَةَ مِنْ هٰؤُلَاءِ.

(وَإِذَا أَبَقَ عَبْدٌ لِمُسْلِمٍ فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا يَمْلِكُونَهُ) ؛ لِأَنَّ العِصْمَةَ لِحَقِّ المَالِكِ لِقِيَامِ يَدِهِ وَقَدْ زَالَتْ، وَلِهٰذَا لَوْ أَخَذُوهُ مِنْ دَارِ الإِسْلَامِ مَلَكُوهُ، وَلَهُ أَنَّهُ ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالْخُرُوجِ مِنْ دَارِنَا؛ لِأَنَّ سُقُوطَ اعْتِبَارِهِ لِتَحَقُّقِ يَدِ المَوْلَىٰ

قوله: وَكَذَا مَنْ سِوَاهُ، أي من هؤلاء وهو المدبَّر والمكاتب وأمّ الولد.

قوله: بِخِلَافِ رِقَابِهِمْ، أي رقاب الكفار من أحرارهم ومدبريهم وأمّهات أولادهم.

قوله: وَلَا جِنَايَةَ مِنْ هٰؤُلَاءِ، أي من مدبرينا وأمّهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا، وإذا أبق عبدٌ لمسلمٍ أو لذمي ذكر الإمام أبو اليُسر رحمه الله تعالى في عين الفقهاء: العبد المسلم لمسلم أو لذمي إذا أبق إلىٰ دار الحرب فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والمرتدُّ يملكه الكفار، وأمّا العبد الكافر فهو ذمي تبعًا لمولاه وما بطلت الذمَّة باللحوق بدار الحرب فلا يملك الكفار، كذا في عين الفقهاء، وذكر في طريقة مجد الأئمة رحمه الله تعالىٰ: العبد إذا كان ذميًّا ففيه قولان، وأمّا إذا كان مرتدًّا فأبق ولحق بدار الحرب يملكه الكفار بالإجماع.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ، فإن قيل: كيف تظهر يد العبد علىٰ نفسه وقد خلف يد المولىٰ يد الكفرة بدون واسطة فوَّت يد المولىٰ لأنَّ دار الحرب في أيديهم؟

عَلَيْهِ تَمْكِينًا لَهُ مِنَ الِانْتِفَاعِ وَقَدْ زَالَتْ يَدُ الْمَوْلَىٰ فَظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَصَارَ مَعْصُومًا بِنَفْسِهِ فَلَمْ يَبْقَ مَحِلًّا لِلْمِلْكِ، بِخِلَافِ الْمُتَرَدِّدِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَىٰ بَاقِيَةٌ عَلَيْهِ لِقِيَامِ يَدِ أَهْلِ الدَّارِ فَمَنَعَ ظُهُورَ يَدِهِ، وَإِذَا لَمْ يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَأْخُذُهُ المَالِكُ القَدِيمُ بِغَيْرِ شَيْءٍ مَوْهُوبًا كَانَ أَوْ مُشْتَرًى أَوْ مَغْنُومًا قَبْلَ القِسْمَةِ، وَبَعْدَ القِسْمَةِ يُؤَدَّىٰ عِوَضُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِعَادَةُ القِسْمَةِ لِتَفَرُّقِ الغَانِمِينَ وَتَعَذُّرِ اجْتِمَاعِهِمْ وَلَيْسَ لَهُ عَلَى المَالِكِ جُعْلُ الآبِقِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ إِذْ فِي زَعْمِهِ أَنَّهُ مِلْكُهُ.

قلنا: أنَّ بين الدارين حدًّا لا يكون في يد أحدٍ وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه، ولأنَّ يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار، إلىٰ هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله تعالى.

قوله: بِخِلَافِ الْمُتَرَدِّدِ، أي الآبق الذي تردَّد في دار الإسلام لأنَّ يد المولىٰ باقية في حقِّه حكمًا، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضًا له، فبقاء المانع حكمًا يمنع ثبوت اليد له في نفسه فيتمُّ إحراز المشركين إيَّاه، وأمَّا الآبق إلىٰ دار الحرب فلا يكون في يد مولاه حكمًا، حتَّىٰ لو وهبه لابنه الصغير لا يجوز.

قوله: وَبَعْدَ القِسْمَةِ يُؤَدَّىٰ عِوَضُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ، فيما إذا كان مغنومًا، وأمَّا في الصور الثلاث وهي ما إذا كانت موهوبًا أو مشتَرًى أو مغنومًا قبل القسمة فلا يؤدي عوضه، وإنما يؤدي عوضه من بيت المال لمن وقع في سهمه لأنَّ نصيبه قد استحقَّ فلو لم يرجع على أحدٍ لكان إجحافًا، ولو لزم العوض على المالك مع استمرار ملكه لكان

(وَإِنْ نَدَّ بَعِيرٌ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ مَلَكُوهُ) لِتَحَقُّقِ الِاسْتِيلَاءِ إِذْ لَا يَدَ لِلْعَجْمَاءِ لِتَظْهَرَ عِنْدَ الخُرُوجِ مِنْ دَارِنَا، بِخِلَافِ العَبْدِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا.

(وَإِنِ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَدْخَلَهُ دَارَ الإِسْلَامِ فَصَاحِبُهُ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ) لِمَا بَيَّنَّا (فَإِنْ أَبَقَ عَبْدٌ إِلَيْهِمْ وَذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ وَمَتَاعٍ فَأَخَذَ المُشْرِكُونَ ذٰلِكَ كُلَّهُ وَاشْتَرَىٰ رَجُلٌ ذٰلِكَ كُلَّهُ، وَأَخْرَجَهُ إِلَىٰ دَارِ الإِسْلَامِ فَإِنَّ المَوْلَىٰ يَأْخُذُ العَبْدَ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَالْفَرَسَ وَالْمَتَاعَ بِالثَّمَنِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: يَأْخُذُ العَبْدَ وَمَا مَعَهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ) اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الِاجْتِمَاعِ بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ وَقَدْ بَيَّنَّا الحُكْمَ فِي كُلِّ فَرْدٍ.

إضرارًا به، وتعذَّر رجوعه علىٰ شركائه في الغنيمة وإعادة القسمة لتفرُّقهم فيعوضه عن بيت المال، لأنَّه معدٌّ لغرائب المسلمين وهذا من نوائبهم، ولأنَّه لو فضل شيء يتعذَّر قسمته كلؤلؤ يوضع في بيت المال[1]، فإذا لحق غرم يجعل ذلك في بيت المال لأنَّ الغرم مقابل الغنم.

قوله: وَالْفَرَسَ وَالْمَتَاعَ بِالثَّمَنِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإن قيل: علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ينبغي أن يأخذ المالك المتاعَ أيضًا بغير شيءٍ لأنه لمَّا ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضًا لانقطاع يد المولىٰ عن المال لأنه في دار الحرب ويد العبد أَسْبَق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكًا لهم؟ قلنا: ظهرت يد العبد علىٰ نفسه مع المنافي وهو الرقُّ فكانت ظاهرةً من وجهٍ دون وجهٍ فجعلناها ظاهرةً في حقِّ نفسه غير ظاهرةٍ في حقِّ المال.

(١) قوله: لأنَّه معدٌّ لغرائب إلخ، سقطت النصُّ من المطبوعتين، وأثبتناه من النُّسخ المخطوطة.

(وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَىٰ عَبْدًا مُسْلِمًا وَأَدْخَلَهُ دَارَ الحَرْبِ عُتِقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ) ؛ لِأَنَّ الإِزَالَةَ كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً بِطَرِيقٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ البَيْعُ وَقَدِ انْقَطَعَتْ وِلَايَةُ الجَبْرِ عَلَيْهِ فَبَقِيَ فِي يَدِهِ عَبْدًا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ تَخْلِيصَ المُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الكَافِرِ وَاجِبٌ، فَيُقَامُ الشَّرْطُ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ مَقَامَ العِلَّةِ

قوله: وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَىٰ عَبْدًا مُسْلِمًا، وعلىٰ هذا الخلاف إذا كان العبد ذميًّا يجبَر علىٰ بيعه ولا يمكن من الذَّهاب به إلى دار الحرب، كذا في الإيضاح، فإن قيل: الذمي ملتزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات والمستأمن غير ملتزم، قلنا: المستأمن ملتزم ترك الاستخفاف بالمسلمين، فإنَّ ما أعطينا الأمان ليستذلَّ المسلم إذ لا يجوز إعطاء الأمان علىٰ هذا، فلهذا يجبَر علىٰ بيعه.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ تَخْلِيصَ المُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الكَافِرِ وَاجِبٌ، ولكن ذلك الكافر ما دام مستأمنًا في دار الإسلام يزال بالعوض وهو الإزالة بالبيع لأنَّ مال المستأمن محتَرم ما دام في دار الإسلام، فإذا أدخله دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الأمان فاستحقَّ الإزالة بالعتق لأنه لمَّا انتهىٰ أمانه بالعود إلىٰ دار الحرب سقطت عصمة ماله فتعيَّن العتق مخلصًا للعبد، ولو كان الإمام قادرًا علىٰ إزالة العبد هناك عن استيلائه كان الواجب على الإمام أن يجبِره على الإعتاق لا على البيع لانعدام عصمة ماله فلم يستحقَّ الحربي العوضَ بمقابلة إزالة ملكه لسقوط حرمة ملكه، ثمَّ لمَّا قصرت ولاية القاضي عن إزالة ملكه بالإعتاق وهي العلة في زوال ملكه فقام شرط زوال عصمة مال المستأمن الذي هو دخول دار الحرب مقام علَّة الزوال وهي إعتاق الإمام عنه لِمَا أنه قد يقام الشرط مقام العلَّة عند إمكان إضافة الحكم كما في حفر البئر على قارعة الطريق، فإن قيل: الإحراز بدار

وَهُوَ الإِعْتَاقُ تَخْلِيصًا لَهُ، كَمَا يُقَامُ مُضِيُّ ثَلَاثِ حِيَضٍ مَقَامَ التَّفْرِيقِ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِي دَارِ الحَرْبِ.

(وَإِذَا أَسْلَمَ عَبْدٌ لِحَرْبِيٍّ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا أَوْ ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ فَهُوَ حُرٌّ، وَكَذٰلِكَ إِذَا خَرَجَ عَبِيدُهُمْ إِلَىٰ عَسْكَرِ المُسْلِمِينَ فَهُمْ أَحْرَارٌ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ عَبِيدًا مِنْ عَبِيدِ الطَّائِفِ أَسْلَمُوا وَخَرَجُوا إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَضَىٰ بِعِتْقِهِمْ وَقَالَ: هُمْ عُتَقَاءُ اللهِ» وَلِأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ بِالْخُرُوجِ إِلَيْنَا مُرَاغِمًا لِمَوْلَاهُ ....

الحرب سبب لإثبات الملك فيما لم يكن مالكًا له، ألا ترىٰ أنَّهم إذا أسروا عبدًا مسلمًا في دارنا ملكوه إذا أحرزوه بدارهم فيستحيل أن يزول ملكه بالإحراز لأنَّ الإحراز لمَّا صار سببًا لإثبات الملك ابتداءً فأَوْلىٰ أن يبقى الملك الثابت كما كان، وإلَّا يلزم أن يكون ما هو المثبت للملك مزيلاً له وهو مدفوعٌ بمرَّةٍ، قلنا: ليسَ هذا كما أخذوا عبدًا في دارنا لأنَّهم لا يملكونه بالأخذ حتى يستحق عليهم الإزالة بسبب الاستيلاء وإنَّما يملكونه بالإحراز، بخلاف ما نحن فيه فإنَّهم ملكوه بالشراء فاستحقَّ عليهم الإزالة بالبيع ما داموا في دارنا، ولمَّا أدخلوه في دارهم استحقَّ الإزالة أيضًا بإقامة شرط الزوال مقام الإزالة على ما ذكرنا من انتهاء عصمة ماله بالإحراز بدار الحرب، وفي المبسوط: فإن قيل: بارتفاع الأمان زال صفة الحظر لا أصل الملك كمن أباحَ لغيره شيئًا لا يزول به أصل ملكه؟ قلنا: ما كان ملكه بعد إسلام العبد في دار الإسلام إلَّا باعتبار صفة الحظر فإنه لو لم يكن مستأمنًا لكان العبد المسلم قاهرًا له فكان حُرًّا، فإذا زال الحظر بزوال الأمان زال أصل الملك، ألا ترىٰ أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج إلينا كان حرًّا وكان ما خرج به من المال له.

قوله: وَلِأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ بِالْخُرُوجِ إِلَيْنَا، يتَّصل بقوله: ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا.

أَوْ بِالِالْتِحَاقِ بِمَنَعَةِ المُسْلِمِينَ، إِذَا ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ، وَاعْتِبَارُ يَدِهِ أَوْلَىٰ مِنِ اعْتِبَارِ يَدِ المُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهَا أَسْبَقُ ثُبُوتًا عَلَىٰ نَفْسِهِ، فَالْحَاجَةُ فِي حَقِّهِ إِلَىٰ زِيَادَةِ تَوْكِيدٍ وَفِي حَقِّهِمْ إِلَىٰ إِثْبَاتِ اليَدِ ابْتِدَاءً فَلِهٰذَا كَانَ أَوْلَىٰ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

وقوله: أَوْ بِالِالْتِحَاقِ، متَّصلٌ بقوله: أَوْ ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ، وقيَّد بقوله: بِالْخُرُوجِ إِلَيْنَا مُرَاغِمًا لِمَوْلَاهُ، لأنه إذا خرج إلينا غير مراغم فهو عبدٌ لمولاه، يبيعه الإمام ويقف ثمنه للمولى لأنه لم يخرج على سبيل التغلب، فصار كمال الحربيِّ الذي دخل به مستأمنًا إلىٰ دارنا، كذا في الإيضاح، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ المُسْتَأْمَنِ

(وَإِذَا دَخَلَ المُسْلِمُ دَارَ الحَرْبِ تَاجِرًا فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِشَيْءٍ مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَلَا مِنْ دِمَائِهِمْ) ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لَهُمْ بِالِاسْتِئْمَانِ، فَالتَّعَرُّضُ بَعْدَ ذٰلِكَ يَكُونُ غَدْرًا وَالْغَدْرُ حَرَامٌ، إِلَّا إِذَا غَدَرَ بِهِمْ مَلِكُهُمْ فَأَخَذَ أَمْوَالَهُمْ أَوْ حَبَسَهُمْ أَوْ فَعَلَ غَيْرُهُ بِعِلْمِ المَلِكِ وَلَمْ يَمْنَعْهُ؛ لِأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ نَقَضُوا العَهْدَ بِخِلَافِ الأَسِيرِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَأْمَنٍ فَيُبَاحُ لَهُ التَّعَرُّضُ، وَإِنْ أَطْلَقُوهُ طَوْعًا.

(فَإِنْ غَدَرَ بِهِمْ) أَعْنِي التَّاجِرُ (فَأَخَذَ شَيْئًا وَخَرَجَ بِهِ، مَلَكَهُ مِلْكًا

باب المستأمن

قوله: وَالْغَدْرُ حَرَامٌ، قال عليه الصلاة والسلام: «لكل غادر لواء يركز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرته».

قوله: بِخِلَافِ الأَسِير، لأنَّه غير مستأمن لأنه لم يوجد منه الالتزام بعده.

قوله: وَإِنْ أَطْلَقُوهُ طَوْعًا، كان فيه وهم أن يصير مستأمنًا وليسَ كذلك لأنه ليس باستئمان.

قوله: مَلَكَهُ مِلْكًا مَحْظُورًا، حتَّىٰ لو كانت جارية كره للمشتَري وطئها لأنه قام مقام البائع، وكان يكره للبائع وطئها فكذلك للمشتري، وهذا بخلاف المشتَراة شراءً فاسدًا

مَحْظُورًا) لِوُرُودِ الِاسْتِيلَاءِ عَلَىٰ مَالٍ مُبَاحٍ، إِلَّا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبِ الغَدْرِ فَأَوْجَبَ ذٰلِكَ خُبْثًا فِيهِ (فَيُؤْمَرُ بِالتَّصَدُّقِ بِهِ) وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الحَظْرَ لِغَيْرِهِ لَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ السَّبَبِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ.

(وَإِذَا دَخَلَ المُسْلِمُ دَارَ الحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ أَوْ أَدَانَ هُوَ حَرْبِيًّا أَوْ غَصَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا وَاسْتَأْمَنَ الحَرْبِيُّ لَمْ يُقْضَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَىٰ صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ) أَمَّا الإِدَانَةُ فَلِأَنَّ القَضَاءَ يَعْتَمِدُ الوِلَايَةَ وَلَا وِلَايَةَ وَقْتَ الإِدَانَةِ أَصْلًا وَلَا وَقْتَ القَضَاءِ عَلَى

إذا باعها حلَّ للثاني وطئها بعد الاستبراء لأنَّ الكراهة في حق الأوَّل لبقاء حق البائع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع، وههنا الكراهة لمعنى الغدر.

قوله: عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلىٰ قوله في أوائل باب استيلاء الكفار: والمحظور بغيره إذا صلح سببًا لكراهة تفوق الملك إلخ، الإدانة البيع بالدين، والاستدانة الابتياع بالدَّين، وقولهم ادَّان بتشديد الدال من باب الافتعال أي قبل الدين، والدين غير القرض إذ ذاك اسم لما يقرض فيقبض، وهذا اسم لما يصير في الذمَّة بالعقد، كذا في الطلبة، وذكر في كتاب الكفالة منها: أنَّ اسم الدين شامل لجميع ما يجب في الذمة بالعقد وبالاستهلاك والاستقراض.

قوله: وَلَا وِلَايَةَ وَقْتَ الإِدَانَةِ أَصْلًا، إذ لا ولاية لنا علىٰ أهل الحرب، والجواب في مسئلة الإدانة قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وأمَّا علىٰ قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه فالقاضي يقضي على المسلم بالدَّين، وقولهما مشكلٌ لأنَّ المسلم التزم أحكام الإسلام مطلقًا، فصار كما لو خرجا مسلمين إلينا، وأجيب بأنَّ المديون إذا

الْمُسْتَأْمَنِ؛ لِأَنَّهُ مَا الْتَزَمَ حُكْمَ الإِسْلَامِ فِيمَا مَضَىٰ مِنْ أَفْعَالِهِ وَإِنَّمَا الْتَزَمَ ذٰلِكَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَأَمَّا الغَصْبُ فَلِأَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِلَّذِي غَصَبَهُ وَاسْتَوْلَىٰ عَلَيْهِ لِمُصَادَفَتِهِ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَكَذٰلِكَ لَوْ كَانَا حَرْبِيَّيْنِ فَعَلَا ذٰلِكَ ثُمَّ خَرَجَا مُسْتَأْمَنَيْنِ لِمَا قُلْنَا.

(وَلَوْ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ قُضِيَ بِالدَّيْنِ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يُقْضَ بِالْغَصْبِ) أَمَّا الْمُدَايَنَةُ فَلِأَنَّهَا وَقَعَتْ صَحِيحَةً لِوُقُوعِهَا بِالتَّرَاضِي، وَالْوِلَايَةُ ثَابِتَةٌ حَالَةَ الْقَضَاءِ لِالْتِزَامِهِمَا الأَحْكَامَ بِالْإِسْلَامِ، وَأَمَّا الغَصْبُ فَلِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مِلْكُهُ وَلَا خُبْثَ فِي مِلْكِ الحَرْبِيِّ حَتَّىٰ يُؤْمَرَ بِالرَّدِّ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الحَرْبِ بِأَمَانٍ فَغَصَبَ حَرْبِيًّا ثُمَّ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ أُمِرَ بِرَدِّ الغَصْبِ وَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ) أَمَّا عَدَمُ القَضَاءِ فَلِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكَهُ، وَأَمَّا الأَمْرُ بِالرَّدِّ وَمُرَادُهُ الفَتْوَىٰ بِهِ فَلِأَنَّهُ فَسَدَ المِلْكُ

كان حربيًّا لم يقض عليه بشيء لأنه غير ملتزم لذلك، فإذا كان مسلمًا وجب أن لا يقضى عليه بشيءٍ أصلاً لا لعدم الالتزام ولكن لتحقُّق المساواة بين الخصمين.

قوله: لِمُصَادَفَتِهِ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، أمَّا غصب الكافر فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء بقوله: ولنا أنَّ الاستيلاء وَرَدَ علىٰ مالٍ مباحٍ الخ، وأمَّا غصب المسلم ففيما إذا دخل الواحد أو الاثنان مغيرين بغير إذن الإمام وأخذوا شيئًا يملكونه.

قوله: ثُمَّ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ أُمِرَ بِرَدِّ الغَصْبِ وَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ، وهذا الجواب غير منحصرٌ بخروجهما مسلمين، فإنَّ الحربي إذا خرج مستأمنًا مع المسلم الذي دخل دار الحرب مستأمنـًا وقد كان غصب المسلم في دار الحرب فالحكمُ كذلك.

لِمَا يُقَارِنُهُ مِنَ المُحَرَّمِ وَهُوَ نَقْضُ العَهْدِ (وَإِذَا دَخَلَ مُسْلِمَانِ دَارَ الحَرْبِ بِأَمَانٍ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمْدًا أَوْ خَطأً فَعَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ) أَمَّا الكَفَّارَةُ فَلِإِطْلَاقِ الكِتَابِ، وَأَمَّا الدِّيَةُ فَلِأَنَّ العِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِ الإِسْلَامِ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالْأَمَانِ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ القِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ إِلَّا بِمَنَعَةٍ، وَلَا مَنَعَةَ دُونَ الإِمَامِ وَجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، وَلَمْ يُوجَدْ ذٰلِكَ فِي دَارِ الحَرْبِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي العَمْدِ؛

قوله: فَعَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، أي في العمد والخطأ، ذكر الإمام الأجلُّ شمس الأئمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه هذه المسئلة في الجامع الصغير ثم قال: ورُوِيَ عن أصحاب الإملاء عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه قال: عليه القصاص في العمد لأنَّ بدخول المسلم دار الحرب لا ينتقض إحرازه نفسه بدار الإسلام فالمسلم من أهل دار الإسلام حيث ما يكون، والقصاص محض حقٍّ لوليٍّ ينفرد باستيفائه من غير حاجةٍ فيه إلىٰ ولاية الإمام فلا فرقَ حينئذٍ بين الدارين، وجه ظاهر الرواية أنَّ الإحراز باقٍ ولكن دار الحرب دار إباحة الدم فيصير ذلك شبهةً مسقطةً للعقوبة لأنَّ مجرَّد صورة الإباحة تكفي لإسقاط العقوبة وإن لم يثبت حقيقةً، كمن يقول لغيره اقتلني فقتله.

قوله: فَلِإِطْلَاقِ الكِتَابِ، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] أطلق ولم يقيِّد بدار الحرب وبدار الإسلام، فإن قيل: ينبغي أن تجب الدية عند أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا قتل الأسير المسلم أسيرًا مسلمًا لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا﴾ الآية؟ قلنا: خُصَّ من هذا النصِّ المسلم الذي لم يهاجر إلينا فيخصُّ المتنازع والجامع كون كلِّ واحد منهما مقهورًا في أيديهم.

لِأَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ العَمْدَ؛ وَفِي الخَطَإِ لِأَنَّهُ لَا قُدْرَةَ لَهُمْ عَلَى الصِّيَانَةِ مَعَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالْوُجُوبُ عَلَيْهِمْ عَلَى اعْتِبَارِ تَرْكِهَا.

(وَإِنْ كَانَا أَسِيرَيْنِ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ تَاجِرٌ أَسِيرًا فَلَا شَيْءَ عَلَى القَاتِلِ إِلَّا الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: فِي الأَسِيرَيْنِ الدِّيَةُ فِي الخَطَإِ وَالْعَمْدِ) ؛ لِأَنَّ العِصْمَةَ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الأَسْرِ كَمَا لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الِاسْتِئْمَانِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَامْتِنَاعُ القِصَاصِ؛ لِعَدَمِ المَنَعَةِ وَيَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لِمَا قُلْنَا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ بِالْأَسْرِ صَارَ تَبَعًا لَهُمْ؛ لِصَيْرُورَتِهِ مَقْهُورًا فِي أَيْدِيهِمْ، وَلِهٰذَا يَصِيرُ مُقِيمًا بِإِقَامَتِهِمْ وَمُسَافِرًا بِسَفَرِهِمْ فَيَبْطُلُ بِهِ الإِحْرَازُ أَصْلًا وَصَارَ كَالْمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا، وَخَصَّ الخَطَأَ بِالْكَفَّارَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا كَفَّارَةَ فِي العَمْدِ عِنْدَنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: كَمَا لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الِاسْتِئْمَانِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، إشارةٌ إلى قوله: لأنَّ العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان، وهذا أَوْلَىٰ لأنَّ ذلك عن اختيار وهذا عن اضطرار.

قوله: كَالْمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا، إلخ، أي فليسَ في قتله إلَّا الكفارة في الخطأ فكذلك هنا، بجامع أنَّ كل واحد منهما تبع لأهل الدار بالتوطُّن وبكونهما مقهورين لهم، بخلاف المستأمن لأنه متمكن من الخروج إلى دار الإسلام فلا يكون تبعًا لهم فلا تبطل العصمة، والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ
[الْحَرْبِيُّ إِذَا دَخَلَ إِلَيْنَا مُسْتَأْمِنًا]

قَالَ: (وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ إِلَيْنَا مُسْتَأْمَنًا لَمْ يُمَكَّنْ أَنْ يُقِيمَ فِي دَارِنَا سَنَةً وَيَقُولُ لَهُ الإِمَامُ: إِنْ أَقَمْتَ تَمَامَ السَّنَةِ وَضَعْتُ عَلَيْك الجِزْيَةَ) وَالْأَصْلُ أَنَّ الحَرْبِيَّ لَا يُمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةٍ دَائِمَةٍ فِي دَارِنَا إِلَّا بِالِاسْتِرْقَاقِ أَوِ الجِزْيَةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ عَيْنًا لَهُمْ وَعَوْنًا عَلَيْنَا فَتَلْتَحِقُ المَضَرَّةُ بِالْمُسْلِمِينَ، وَيُمَكَّنُ مِنَ الإِقَامَةِ اليَسِيرَةِ؛ لِأَنَّ فِي مَنْعِهَا قَطْعَ المِيرَةِ وَالْجَلَبِ وَسَدَّ بَابِ التِّجَارَةِ، فَفَصَلْنَا بَيْنَهُمَا بِسَنَةٍ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ تَجِبُ فِيهَا الجِزْيَةُ فَتَكُونُ الإِقَامَةُ لِمَصْلَحَةِ الجِزْيَةِ، ثُمَّ إِنْ رَجَعَ بَعْدَ مَقَالَةِ الإِمَامِ قَبْلَ تَمَامِ السَّنَةِ إِلَىٰ وَطَنِهِ فَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِ، وَإِذَا مَكَثَ سَنَةً فَهُوَ ذِمِّيٌّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعْدَ تَقَدُّمِ الإِمَامِ إِلَيْهِ صَارَ مُلْتَزِمًا لِلْجِزْيَةِ فَيَصِيرُ ذِمِّيًّا، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُوَقِّتَ فِي ذَٰلِكَ مَا دُونَ السَّنَةِ كَالشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ (وَإِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ مَقَالَةِ الإِمَامِ

فصل
[الحربي إذا دخل إلينا مستأمناً]

قوله: يَصِيرُ عَيْنًا، العين: الديدبان والجاسوس، والعون: الظهير على الأمر، والميرة: الطعام يمتاره الإنسان من: مار يمير، والجلب: المجلوب، ومنه: «نَهىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام عن تلقي الجلب».

قوله: وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُوَقِّتَ فِي ذَٰلِكَ مَا دُونَ السَّنَةِ كَالشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ، وأدنى الأوقات غير مقدَّر بل هو موكول إلىٰ رأي الإمام، إلَّا أنه لا ينبغي له أن يرهقه على وجهٍ يتضرَّر

يَصِيرُ ذِمِّيًّا) لِمَا قُلْنَا (ثُمَّ لَا يُتْرَكُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَىٰ دَارِ الحَرْبِ) ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ لَا يُنْقَضُ، كَيْفَ وَأَنَّ فِيهِ قَطْعَ الجِزْيَةِ وَجَعْلَ وَلَدِهِ حَرْبًا عَلَيْنَا وَفِيهِ مَضَرَّةٌ بِالْمُسْلِمِينَ (فَإِنْ دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَىٰ أَرْضَ خَرَاجٍ فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ) ؛ لِأَنَّ خَرَاجَ الأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ خَرَاجِ الرَّأْسِ، فَإِذَا التَزَمَهُ صَارَ مُلْتَزِمًا المَقَامَ فِي دَارِنَا، أَمَّا بِمُجَرَّدِ الشِّرَاءِ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِيهَا لِلتِّجَارَةِ، وَإِذَا لَزِمَهُ خَرَاجُ الأَرْضِ فَبَعْدَ ذٰلِكَ تَلْزَمُهُ الجِزْيَةُ لِسَنَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِلُزُومِ الخَرَاجِ فَتُعْتَبَرُ المُدَّةُ مِنْ وَقْتِ وُجُوبِهِ، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ تَصْرِيحٌ بِشَرْطِ الوَضْعِ فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ أَحْكَامٌ جَمَّةٌ فَلَا تَغْفُلْ عَنْهُ.

به، فإذا مكث ما سمَّاه جعله ذميًّا واستأنف عليه الجزية بحول بعده، إلَّا أن يكون شرط عليه إن مكث سنةً أخذ منه الجزية فيأخذ ما منه حينئذٍ، ثمَّ لا يتركه بعده أن يرجع إلىٰ دار الحرب لأنَّ عقد الذمة خلف عن الإسلام فلا يمكن له من نقضها.

قوله: فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الخَرَاجُ، في الفوائد الظهيرية: المراد من وضع الخراج التزام خراج الأرض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها من التمكن منها وهو الصحيح.

قوله: لِأَنَّ خَرَاجَ الأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ خَرَاجِ الرَّأْسِ، لأنَّ كلاًّ منهما من أحكام دارنا فلمَّا رضي بوجوب الخراج عليه رَضِي بأن يكون من أهل دارنا، وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد رحمه الله تعالى بأن اشترىٰ أرضًا عشرية لأنَّهما جميعًا من مؤن الأرض، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ.

قوله: فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ أَحْكَامٌ جَمَّةٌ، وجوب الضمان في إتلاف خمره وخنزيره

(وَإِذَا دَخَلَتْ حَرْبِيَّةٌ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَتْ ذِمِّيًّا صَارَتْ ذِمِّيَّةً) ؛ لِأَنَّهَا الْتَزَمَتِ الْمُقَامَ تَبَعًا لِلزَّوْجِ (وَإِذَا دَخَلَ حَرْبِيٌّ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً لَمْ يَصِرْ ذِمِّيًّا) ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَيَرْجِعُ إِلَىٰ بَلَدِهِ فَلَمْ يَكُنْ مُلْتَزِمًا الْمُقَامَ.

(وَلَوْ أَنَّ حَرْبِيًّا دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ ثُمَّ عَادَ إِلَىٰ دَارِ الْحَرْبِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِمْ فَقَدْ صَارَ دَمُهُ مُبَاحًا بِالْعَوْدِ) ؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ أَمَانَهُ (وَمَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مِنْ مَالِهِ عَلَىٰ خَطَرٍ، فَإِنْ أُسِرَ أَوْ ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ فَقُتِلَ سَقَطَتْ دُيُونُهُ وَصَارَتِ الْوَدِيعَةُ فَيْئًا) أَمَّا الْوَدِيعَةُ فَلِأَنَّهَا فِي يَدِهِ تَقْدِيرًا؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُودَعِ كَيَدِهِ فَيَصِيرُ فَيْئًا تَبَعًا لِنَفْسِهِ، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَلِأَنَّ إِثْبَاتَ الْيَدِ عَلَيْهِ بِوَاسِطَةِ الْمُطَالَبَةِ وَقَدْ سَقَطَتْ، وَيَدُ مَنْ عَلَيْهِ أَسْبَقُ إِلَيْهِ مِنْ يَدِ الْعَامَّةِ فَيَخْتَصُّ بِهِ فَيَسْقُطُ.

(وَإِنْ قُتِلَ وَلَمْ يُظْهَرْ عَلَى الدَّارِ فَالْقَرْضُ الْوَدِيعَةُ لِوَرَثَتِهِ) وَكَذٰلِكَ إِذَا مَاتَ؛ لِأَنَّ نَفْسَهُ لَمْ تَصِرْ مَغْنُومَةً فَكَذٰلِكَ مَالُهُ، وَهٰذَا لِأَنَّ حُكْمَ الْأَمَانِ بَاقٍ فِي مَالِهِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ أَوْ عَلَىٰ وَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ.

ووجوب الدية بقتله خطأ، وهذه الأحكام إنَّما تثبت بعد كونه ذميًّا لا قبله، ولو وضع الخراج يكون ذميًّا فلذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّ حُكْمَ الْأَمَانِ بَاقٍ فِي مَالِهِ، فإن قيل: ينبغي أن يصير فيئًا، كما إذا أسلَم الحربيُّ في دار الإسلام وله وديعةٌ عند مسلم في دار الحرب ثمَّ ظهر على دار الحرب فتكون يد المودع كيد المودع في تلك المسئلة، قلنا: يد المودِع كيد المودع من وجهٍ دون

قَالَ: (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ مِنْ أَمْوَالِ أَهْلِ الحَرْبِ بِغَيْرِ قِتَالٍ يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ كَمَا يُصْرَفُ الخَرَاجُ) قَالُوا: هُوَ مِثْلُ الأَرَاضِي الَّتِي أَجْلَوْا أَهْلَهَا عَنْهَا وَالْجِزْيَةِ وَلَا خُمُسَ فِي ذٰلِكَ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: فِيهِمَا الخُمُسُ اعْتِبَارًا بِالْغَنِيمَةِ، وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَخَذَ الجِزْيَةَ وَكَذَا عُمَرُ وَمُعَاذٌ، وَوُضِعَ فِي بَيْتِ المَالِ وَلَمْ يُخَمَّسْ وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَأْخُوذٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، بِخِلَافِ الغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ بِمُبَاشَرَةِ الغَانِمِينَ وَبِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ

وجهٍ والعصمة ما كانت ثابتةً في تلك المسئلة لِمَا أنَّ دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشكِّ، وأمَّا ههنا العصمة كانت ثابتة وقت الإيداع ولم تظهر على دار الحرب فكانت العصمة باقية كما كانت إذ دار الإسلام دار عصمة، وجفَّ الفرس أو البعير عدًا وجيفًا وأوْجَفه صاحبه إيجافًا، وقوله: وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ، أي أعملوا خيلهم وركابَهم في تحصيله، والجَلَآء بالفتح والمدِّ الخروج عن الوطن أو الإخراج، يقال: جلا السلطانُ القومَ عن أوطانِهم وأجلاهم فجلو، أي أخرجهم فخرجوا، يتعدَّىٰ ولا يتعدَّىٰ.

قوله: وَالْجِزْيَةِ، بالجرِّ عطفًا على الأراضي.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: فِيهِمَا، أي في الأراضى التي أجلوا أهْلها عنها والجزية، وفي بعض النسخ: فيها، أي في الثلاثة وهي الأراضي والجزية والخراج.

قوله: وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَأْخُوذٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، بل بوقوع الرُّعب في قلوب الكفار من قوَّة المسلمين، فلمَّا استحقَّ ما أوْجَف المسلمون عليه بسببٍ واحدٍ وهو الرعب بقوَّة المسلمين كانت جهةً واحدةً ولم يتبعض استحقاقه كما في مال الزكاة

فَاسْتَحَقَّ الخُمُسَ بِمَعْنًى وَاسْتَحَقَّهُ الغَانِمُونَ بِمَعْنًى، وَفِي هٰذَا السَّبَبِ وَاحِدٌ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَلَا مَعْنَى لِإِيجَابِ الخُمُسِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَلَهُ امْرَأَةٌ فِي دَارِ الحَرْبِ وَأَوْلَادٌ صِغَارٌ وَكِبَارٌ وَمَالٌ أَوْدَعَ بَعْضَهُ ذِمِّيًّا وَبَعْضَهُ حَرْبِيًّا وَبَعْضَهُ مُسْلِمًا فَأَسْلَمَ هَاهُنَا ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ فَذٰلِكَ كُلُّهُ فَيْءٌ) أَمَّا المَرْأَةُ وَأَوْلَادُهُ الكِبَارُ فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُمْ حَرْبِيُّونَ كِبَارٌ وَلَيْسُوا بِأَتْبَاعٍ، وَكَذٰلِكَ مَا فِي بَطْنِهَا لَوْ كَانَتْ حَامِلًا لِمَا قُلْنَا مِنْ قَبْلُ، وَأَمَّا أَوْلَادُهُ الصِّغَارُ فَلِأَنَّ الصَّغِيرَ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِإِسْلَامِ أَبِيهِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَتَحْتَ وِلَايَتِهِ، وَمَعَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ لَا يَتَحَقَّقُ ذٰلِكَ، وَكَذَا أَمْوَالُهُ لَا تَصِيرُ مُحْرَزَةً بِإِحْرَازِهِ نَفْسَهُ لِاخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ فَبَقِيَ الكُلُّ فَيْئًا وَغَنِيمَةً.

(وَإِنْ أَسْلَمَ فِي دَارِ الحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ فَظُهِرَ عَلَى الدَّارِ فَأَوْلَادُهُ الصِّغَارُ أَحْرَارٌ مُسْلِمُونَ) تَبَعًا لِأَبِيهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا تَحْتَ وِلَايَتِهِ حِينَ أَسْلَمَ إِذِ

والعشر فلم يصحّ حينئذٍ اعتباره الغنيمة، وقوله: فَاسْتَحَقَّ الخُمُسَ بِمَعْنًى، وهو الرعب بقوّة المسلمين، وَاسْتَحَقَّهُ الغَانِمُونَ بِمَعْنًى، وهو مباشرتهم القتال.

قوله: وَفِي هٰذَا السَّبَبِ وَاحِدٌ، أي في المأخوذ بالإيجاف.

قوله: وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: ولأنه مال مأخوذ بقوّة المسلمين.

قوله: لِمَا قُلْنَا مِنْ قَبْلُ، أي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله: وزوجته فيءٌ لأنّها كافرةٌ حربيّةٌ لا تتبعه في الإسلام، وكذا حملها فيءٌ لأنه جزؤها فيرقّ برقّها.

الدَّارُ وَاحِدَةٌ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ أَوْدَعَهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا فَهُوَ لَهُ) ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدٍ مُحْتَرَمَةٍ وَيَدُهُ كَيَدِهِ (وَمَا سِوَىٰ ذٰلِكَ فَيْءٌ) أَمَّا المَرْأَةُ وَأَوْلَادُهُ الكِبَارُ فَلِمَا قُلْنَا، وَأَمَّا المَالُ الَّذِي فِي يَدِ الحَرْبِيِّ؛ فَلِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مَعْصُومًا؛ لِأَنَّ يَدَ الحَرْبِيِّ لَيْسَتْ يَدًا مُحْتَرَمَةً.

(وَإِذَا أَسْلَمَ الحَرْبِيُّ فِي دَارِ الحَرْبِ فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أَوْ خَطأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسْلِمُونَ هُنَاكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الخَطَإِ وَالْقِصَاصُ فِي العَمْدِ؛ لِأَنَّهُ أَرَاقَ دَمًا مَعْصُومًا (لِوُجُودِ العَاصِمِ وَهُوَ الإِسْلَامُ) لِكَوْنِهِ مُسْتَجْلِبًا لِلْكَرَامَةِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ العِصْمَةَ أَصْلُهَا المُؤْثِمَةُ؛ ....

قوله: وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ أَوْدَعَهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا فَهُوَ لَهُ، لِأَنَّهُ فِي يَدٍ مُحْتَرَمَةٍ، وإنَّما قيَّد بالإيداع لأنه إذا كان غصبًا في أيديهما يكون فيئًا لعدم النيابة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ يجب أن لا يكون فيئًا إلَّا ما كان غصبًا عند حربيٍّ علىٰ قياس ما إذا أسْلَم الحربيُّ في دار الحرب فلم يخرج حتى ظهر على الدار فالجوابُ فيه أنَّ ما كان وديعةً عند حربيٍّ أو غصبًا عند مسلمٍ أو ذميٍّ أو ضائعًا فهو فيءٌ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ لا يكون فيئًا، كذا في الجامع الصغير لفخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِكَوْنِهِ مُسْتَجْلِبًا لِلْكَرَامَةِ، لأنَّ العصمةَ تثبت نعمةً وكرامةً فيتعلَّقُ بماله أثر في استحقاق الكرامات وهو الإسلام إذ به تحصل السعادة الأبدية لا بالدار التي هي جماد فلا أثرَ لها في استحقاق الكرامة.

لِحُصُولِ أَصْلِ الزَّجْرِ بِهَا وَهِيَ ثَابِتَةٌ إِجْمَاعًا، وَالْمُقَوَّمَةُ كَمَالٌ فِيهِ لِكَمَالِ الِامْتِنَاعِ بِهِ فَيَكُونُ وَصْفًا فِيهِ فَتَتَعَلَّقُ بِمَا عُلِّقَ بِهِ الأَصْلُ، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] الآيَةَ، جَعَلَ التَّحْرِيرَ كُلَّ المُوجِبِ رُجُوعًا إِلَىٰ حَرْفِ الفَاءِ

قوله: لِحُصُولِ أَصْلِ الزَّجْرِ، ولهذا وجب الزاجر الذي هو الكفارة بالعصمة المؤثمة بالاتفاق.

قوله: وَالْمُقَوَّمَةُ كَمَالٌ فِيهِ، أي في أصل العصمة، وذلك لأنه لمَّا وجب الإثم والمال كان ذلك أكْمَل من الذي وجب فيه الإثم دون المال فيتعلق الكمال وهو العصمة المقوَّمة بما علَّق به الأصل وهو العصمة المؤثمة أي تعلقت العصمة المقومة بالإسلام كما تعلَّقت به العصمة المؤثمة، فتجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا.

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾، فالآية سيقت لبيان أنواع القتل وموجباته فأوْجَب أولاً في المؤمن المطلق دية وكفارة لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ ثمَّ أوْجَب بقتل مسلم لم يهاجر إلينا كفارة لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ أي المقتول إذا كان من الكفار دارًا وهو مؤمن فتحرير رقبة، ثمَّ أوْجَبَ بقتل الذي هاجر دية وكفارةً فدلَّ إيجاب الكفارة وحدها فيمن لم يهاجر علىٰ أنَّ لا دية.

قوله: جَعَلَ التَّحْرِيرَ كُلَّ المُوجِبِ رُجُوعًا إِلَىٰ حَرْفِ الفَاءِ، لأنَّ الفاء تدخل على الجزاء والجزاء اسم للكافي لأنه مأخوذ من جزا أي كفىٰ فيمتنع وجوب شيء آخر

أَوْ إِلَىٰ كَوْنِهِ كُلَّ المَذْكُورِ فَيَنْتَفِيَ غَيْرُهُ، وَلِأَنَّ العِصْمَةَ المُؤْثِمَةَ بِالْآدَمِيَّةِ لِأَنَّ الآدَمِيَّ خُلِقَ مُتَحَمِّلًا أَعْبَاءَ التَّكْلِيفِ، وَالْقِيَامَ بِهَا بِحُرْمَةِ التَّعَرُّضِ، وَالْأَمْوَالُ تَابِعَةٌ لَهَا، أَمَّا المُقَوِّمَةُ فَالْأَصْلُ فِيهَا الأَمْوَالُ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ يُؤْذِنُ بِجَبْرِ الفَائِتِ وَذٰلِكَ فِي الأَمْوَالِ دُونَ

معه تفاديًا عن الزيادة على ما هو كافٍ، فمن أوْجَب الدية جعل تحرير الرقبة بعض موجب القتل فيكون ناسخًا، فإن قيل: تحرير الرقبة إن كان كل الواجب بِهذا النصِّ ولكنه بعض الواجب بنصٍّ آخر وهو قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ﴾؟ قلنا: تحرير الرقبة جزاء حقيقةً والجزاء الحقيقي لا يجوز أن يكون كلاً وبعضًا وإنَّما يكون بعضًا بقضيَّة نصٍّ آخر إذا كان ذلك النصُّ ناسخًا لهذا النصِّ، ولا يمكن القول بالنسخ لأنَّ الآية نزلت بمرَّةٍ واحدةٍ والناسخ والمنسوخ لا يردان معًا، ولو تصوَّر النسخ فقوله: عدوٌّ لكم، متأخر ليكون ناسخًا للأول، علىٰ أنَّ هذا المؤمن غير داخل في تحت صدر الآية لأنه أفرد له حكمًا آخر لأنه جعل كل الجزاء الكفارة وفي صدر الآية جعل الكفارة بعض الجزاء فلم يكن داخلاً تحت صدر الآية.

قوله: أَوْ إِلَىٰ كَوْنِهِ كُلَّ المَذْكُورِ، لأنَّ كلَّ المذكور هٰهنا التحرير لا غير والموضع موضع الحاجة إلى البيان لأنه شُرِع في بيان الواجب واقتصر بذكر التحرير فعُلِمَ به أنَّ الواجب هو التحرير لا غير إذ السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان بأنَّ ما هو المذكور كل الواجب ولا يلزم الإخلال في بيان صاحب الشرع وهو لا يجوز.

قوله: وَالْقِيَامَ بِهَا بِحُرْمَةِ التَّعَرُّضِ، أي إنَّما يمكنه القيام بتحمل أعباء التكاليف إذا كان محرم التعرض، إذ لو لم يكن محرم التعرض لا يتمكن من إقامة التكاليف.

قوله: لِأَنَّ التَّقَوُّمَ يُؤْذِنُ بِجَبْرِ الفَائِتِ، ومعنى الجبر يتحقَّق في الأموال لأنَّ الفائت

النُّفُوسِ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ التَّمَاثُلَ، وَهُوَ فِي المَالِ دُونَ النَّفْسِ فَكَانَتِ النُّفُوسُ تَابِعَةً، ثُمَّ العِصْمَةُ المُقَوِّمَةُ فِي الأَمْوَالِ بِالْإِحْرَازِ بِالدَّارِ؛ لِأَنَّ العِزَّةَ بِالْمَنَعَةِ فَكَذٰلِكَ فِي النُّفُوسِ إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ مَنَعَةِ الكَفَرَةِ؛ لِمَا أَنَّهُ أَوْجَبَ إِبْطَالَهَا، وَالْمُرْتَدُّ وَالْمُسْتَأْمَنُ فِي دَارِنَا مِنْ أَهْلِ دَارِهِمْ حُكْمًا لِقَصْدِهِمَا الِانْتِقَالَ إِلَيْهَا.

(وَمَنْ قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَأً لَا وَلِيَّ لَهُ أَوْ قَتَلَ حَرْبِيًّا دَخَلَ إِلَيْنَا بِأَمَانٍ فَأَسْلَمَ فَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ لِلْإِمَامِ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ) ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً خَطَأً فَتُعْتَبَرُ بِسَائِرِ النُّفُوسِ المَعْصُومَةِ، وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ: لِلْإِمَامِ أَنَّ حَقَّ

من ذوات الأمثال يجبر بالصورة والمعنى وفي ذوات القيم يجبر بالمعنى وهو القيمة، ثم العصمة المقوَّمة في الأموال بالإحراز بالدار لأنَّ التقويم ينبئُ عن خطر المحل والخطر إنَّما يثبت إذا كان ممنوعًا عن الأخذ فيما تصل إليه الأيدي وما تصل إليه الأيدي بلا منازعٍ ومدافعٍ لا يكون خطيرًا كالماء والتُّراب فكذا في النفوس.

قوله: إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ، هذا جوابُ من قال: المسلم الذي أسْلَم في دار الحرب له منعة أيضًا وهم الكفار فيكون محرزًا فقال بلىٰ له منعة ولكن غير معتبرة لأنَّا مأمورون بإبطال تلك المنعة.

قوله: وَالْمُرْتَدُّ وَالْمُسْتَأْمَنُ فِي دَارِنَا مِنْ أَهْلِ دَارِهِمْ حُكْمًا، هذا جوابُ شبهةٍ ترد علىٰ قوله: ثُمَّ العِصْمَةُ المُقَوِّمَةُ فِي الأَمْوَالِ بِالْإِحْرَازِ بِالدَّارِ، بأن يقال: إنَّهما محرزان بدار الإسلام فينبغي أن يجب لهما التقوُّم ولم يجب حتَّىٰ أنَّ في قتلهما لا تجب الدية مع أنَّهما في دار الإسلام.

الأَخْذِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا وَارِثَ لَهُ (وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ قَتَلَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ) ؛ لِأَنَّ النَّفْسَ مَعْصُومَةٌ، وَالْقَتْلَ عَمْدٌ، وَالْوَلِيَّ مَعْلُومٌ وَهُوَ العَامَّةُ أَوِ السُّلْطَانُ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» وَقَوْلُهُ: وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ مَعْنَاهُ بِطَرِيقِ الصُّلْحِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ العَمْدِ وَهُوَ القَوَدُ عَيْنًا، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ أَنْفَعُ فِي هٰذِهِ المَسْأَلَةِ مِنَ القَوَدِ فَلِهٰذَا كَانَ لَهُ وِلَايَةُ الصُّلْحِ عَلَى المَالِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُوَ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لِلْعَامَّةِ وَوِلَايَتُهُ نَظَرِيَّةٌ وَلَيْسَ مِنَ النَّظَرِ إِسْقَاطُ حَقِّهِمْ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ، أي بطريق الصلح لأنَّ موجب العمد القَوَدُ عينًا.

قوله: وَهُوَ العَامَّةُ أَوِ السُّلْطَانُ، فإن قيل: تردد من له ولاية القصاص يوجب سقوط القصاص، كما في المكاتب إذا قتل عن وفاته وله وارثٌ، قلنا: الإمام ههنا نائب عن العامة فصار كأنَّ الولي واحد بخلاف مسئلة المكاتب، والله تعالى أعلم.

* * *

بَابُ العُشْرِ وَالْخَرَاجِ

قَالَ: (أَرْضُ العَرَبِ كُلُّهَا أَرْضُ عُشْرٍ، وَهِيَ مَا بَيْنَ العُذَيْبِ إِلَىٰ

باب العشر والخراج

ذكر أبو يوسفُ رحمة الله تعالى عليه في الأمالي حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة إلىٰ أقصى صخر باليمن وهو مهرة، وفي شرح القدوري: قال الكرخي رحمة الله تعالى عليه: أرض العرب كلها عشرية وهي أرض الحجاز وتَهامة واليمن ومكَّة والطائف والبرية يعني البادية، وقد ظَهَر أنَّ من روىٰ إلى أقصى حجر باليمن بسكون الجيم وفسَّره بالجانب فقد حرف لوقوع صخر موقعه والسواد أي أراضي سواد العراق، وبه صرَّح الإمام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه، يقال سواد الكوفة والبصرة أي قراهما، وسُمِّي سواد العراق به لخضرة أشجاره وزروعه، العذيب: ماء لتميم، وحلوان: اسم بلد، والثعلبية: من منازل البادية، ووضعها موضع العَلْث في حدِّ السواد خطأ، العَلْث بفتح العين وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية وهو أوَّل العراق شرقي دجلة، عبَّادان حصنٌ صغيرٌ علىٰ شطِّ البحر.

قوله: وَهِيَ مَا بَيْنَ العُذَيْبِ إِلَىٰ أَقْصَىٰ حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةَ، وهذا طوله، وقوله: بِمَهْرَةَ، تفسير قوله: إِلَىٰ أَقْصَىٰ حَجَرٍ، وأمَّا عرضه فهو ما بين يبرين والدهناء ورمل عالج إلىٰ مشارق الشام، ومَهْرة: بفتح وسكون الهاء أبو قبيلة وسُمِّي به، ونسبت الإبل المهرية إلىٰ ذلك الموضع.

قوله: وَالسَّوَادُ أَرْضُ خَرَاجٍ، وهو ما بين العذيب إلىٰ عقبة حلوان، هذا عرضه.

أَقْصَىٰ حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةَ إِلَىٰ حَدِّ الشَّامِ وَالسَّوَادُ أَرْضُ خَرَاجٍ، وَهُوَ مَا بَيْنَ العُذَيْبِ إِلَىٰ عَقَبَةِ حُلْوَانَ، وَمِنَ الثَّعْلَبِيَّةِ وَيُقَالُ مِنَ العَلْثِ إِلَىٰ عَبَّادَانَ) ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَالْخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ لَمْ يَأْخُذُوا الخَرَاجَ مِنْ أَرَاضِي العَرَبِ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الفَيْءِ فَلَا يَثْبُتُ فِي أَرَاضِيهِمْ كَمَا لَا يَثْبُتُ فِي رِقَابِهِمْ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ وَضْعَ الخَرَاجِ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يُقَرَّ أَهْلُهَا عَلَى الكُفْرِ كَمَا فِي سَوَادِ العِرَاقِ وَمُشْرِكُو العَرَبِ لَا يُقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الإِسْلَامُ أَوِ السَّيْفُ، وَعُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حِينَ فَتَحَ السَّوَادَ وَضَعَ الخَرَاجَ عَلَيْهَا بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَوَضَعَ عَلَىٰ مِصْرَ حِينَ افْتَتَحَهَا عَمْرُو بْنُ العَاصِ، وَكَذَا اجْتَمَعَتِ الصَّحَابَةُ عَلَىٰ وَضْعِ الخَرَاجِ عَلَى الشَّامِ.

قَالَ: (وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا يَجُوزُ بَيْعُهُمْ لَهَا وَتَصَرُّفُهُمْ فِيهَا) ؛ لِأَنَّ الإِمَامَ إِذَا فَتَحَ أَرْضًا عَنْوَةً وَقَهْرًا لَهُ أَنْ يُقِرَّ أَهْلَهَا عَلَيْهَا وَيَضَعَ عَلَيْهَا وَعَلَىٰ رُءُوسِهِمُ الخَرَاجَ فَتَبْقَى الأَرَاضِي مَمْلُوكَةً لِأَهْلِهَا وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. قَالَ: (وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا أَوْ فُتِحَتْ عَنْوَةً وَقُسِّمَتْ بَيْنَ الغَانِمِينَ فَهِيَ أَرْضُ عُشْرٍ) ؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْظِيفِ عَلَى المُسْلِمِ وَالْعُشْرُ أَلْيَقُ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى العِبَادَةِ، وَكَذَا هُوَ أَخَفُّ حَيْثُ يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِ الخَارِجِ.

قوله: مِنَ العَلْثِ إِلَىٰ عَبَّادَانَ، هذا طوله، كذا في النهاية.

(وَكُلُّ أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً فَأُقِرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ) وَكَذَا إِذَا صَالَحَهُمْ؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْظِيفِ عَلَى الكَافِرِ وَالْخَرَاجُ أَلْيَقُ بِهِ، وَمَكَّةُ مَخْصُوصَةٌ مِنْ هٰذَا، فَإِنَّ رَسُولَ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَتَحَهَا عَنْوَةً وَتَرَكَهَا لِأَهْلِهَا، وَلَمْ يُوَظِّفِ الخَرَاجَ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ كُلُّ أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً فَوَصَلَ إِلَيْهَا مَاءُ الأَنْهَارِ فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ، وَمَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا مَاءُ الأَنْهَارِ وَاسْتُخْرِجَ مِنْهَا عَيْنٌ فَهِيَ أَرْضُ عُشْرٍ) ؛ لِأَنَّ العُشْرَ يَتَعَلَّقُ بِالْأَرْضِ النَّامِيَةِ، وَنَمَاؤُهَا بِمَائِهَا فَيُعْتَبَرُ السَّقْيُ بِمَاءِ العُشْرِ أَوْ بِمَاءِ الخَرَاجِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ الخَرَاجِ) وَمَعْنَاهُ بِقُرْبِهِ (فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ) ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ العُشْرِ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ (وَالْبَصْرَةُ عِنْدَهُ عُشْرِيَّةٌ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ) ؛ لِأَنَّ حَيِّزَ الشَّيْءِ يُعْطَىٰ لَهُ حُكْمُهُ، كَفِنَاءِ الدَّارِ يُعْطَىٰ لَهُ حُكْمُ الدَّارِ حَتَّىٰ يَجُوزَ لِصَاحِبِهَا الِانْتِفَاعُ بِهِ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ مَا قَرُبَ مِنَ العَامِرِ، وَكَانَ القِيَاسُ فِي البَصْرَةِ أَنْ تَكُونَ خَرَاجِيَّةً؛

قوله: وَالْخَرَاجُ أَلْيَقُ بِهِ، لأنَّ في الخراج معنى العقوبة ولأنَّ فيه تغليظًا حتَّىٰ أنه يجب وإن لم يزرع والكافرُ أليق بالعقوبة ومكَّة مخصوصة من هذا، وكان القياس في أرض مكة أن تكون خراجيةً لأنَّها فُتِحت عنوةً لكن رسول الله عليه الصلاة والسلام لم يوظف عليها الخراجَ، وكما لا رقَّ على العرب فكذا لا خراج علىٰ أراضيهم.

لِأَنَّهَا مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ الخَرَاجِ، إِلَّا أَنَّ الصَّحَابَةَ وَظَّفُوا عَلَيْهَا العُشْرَ فَتُرِكَ القِيَاسُ لِإِجْمَاعِهِمْ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: إِنْ أَحْيَاهَا بِبِئْرٍ حَفَرَهَا أَوْ بِعَيْنٍ اسْتَخْرَجَهَا أَوْ مَاءِ دِجْلَةَ أَوِ الفُرَاتِ أَوِ الأَنْهَارِ العِظَامِ الَّتِي لَا يَمْلِكُهَا أَحَدٌ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ) وَكَذَا إِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ السَّمَاءِ (وَإِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ الأَنْهَارِ الَّتِي احْتَفَرَهَا الأَعَاجِمُ) مِثْلَ نَهْرِ المَلِكِ وَنَهْرِ يَزْدَجِرْدَ (فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ) لِمَا ذَكَرْنَا مِنِ اعْتِبَارِ المَاءِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ لِلنَّمَاءِ وَلِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَوْظِيفُ الخَرَاجِ ابْتِدَاءً عَلَى المُسْلِمِ كَرْهًا فَيُعْتَبَرُ فِي ذٰلِكَ المَاءُ؛ لِأَنَّ السَّقْيَ بِمَاءِ الخَرَاجِ دَلَالَةُ التِزَامِيَّةٌ.

قَالَ: (وَالْخَرَاجُ الَّذِي وَضَعَهُ عُمَرُ عَلَىٰ أَهْلِ السَّوَادِ مِنْ كُلِّ جَرِيبٍ يَبْلُغُهُ المَاءُ قَفِيزٌ هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ وَدِرْهَمٌ، وَمِنْ جَرِيبِ الرَّطْبَةِ

قوله: نَهْرِ المَلِكِ، علىٰ طريق الكوفة من بغداد، ويَزْدَجرد ملك من ملوك العجم، الجريب أرضٌ طولها ستون ذراعًا وعرضها ستون بذراع الملك كسرىٰ، يزيدُ هو علىٰ ذراع العامة بقبضةٍ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ، وفي المغرب: الذراع المكسرة ستُّ قبضات وهي ذراع العامة، وإنَّما وصفت بذلك لأنَّها نقصت عن ذراع الملك بقبضة، كذا ذكر الإمام التمرتاشي رحمة الله تعالىٰ عليه، وكانت ذراعه سبع قبضات، وقيل: هذا حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقديرٍ لازمٍ في الأراضي كلها بل جريب الأراضي يختلف باختلاف البلدان فيعتبَر في كل بلد متعارف أهله، فالمراد بالقفيز الصاع وهو ثمانية أرطالٍ أربعة أمناءٍ، خلافًا لأبي يوسف رحمة الله تعالى عليه، وهو يكون من الحنطة أو الشعير، وفي شرح الطحاوي: قفيز ممَّا يزرع فيها الرطبة بالفتح الأسفست الرطب النخيل

خَمْسَةُ دَرَاهِمَ وَمِنْ جَرِيبِ الكَرْمِ المُتَّصِلِ وَالنَّخِيلِ المُتَّصِلِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ) وَهٰذَا هُوَ المَنْقُولُ عَنْ عُمَرَ، فَإِنَّهُ بَعَثَ عُثْمَانَ بْنَ حُنَيْفٍ حَتَّىٰ يَمْسَحَ سَوَادَ العِرَاقِ، وَجَعَلَ حُذَيْفَةَ مُشْرِفًا عَلَيْهِ، فَمَسَحَ فَبَلَغَ سِتًّا وَثَلَاثِينَ أَلْفَ أَلْفِ جَرِيبٍ وَوَضَعَ عَلَى ذٰلِكَ مَا قُلْنَا، وَكَانَ ذٰلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ فَكَانَ إِجْمَاعًا مِنْهُمْ، وَلِأَنَّ المُؤَنَ مُتَفَاوِتَةٌ فَالْكَرْمُ أَخَفُّهَا مُؤْنَةً وَالْمَزَارِعُ أَكْثَرُهَا مُؤْنَةً وَالرُّطَبُ بَيْنَهُمَا، وَالْوَظِيفَةُ تَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِهَا فَجُعِلَ الوَاجِبُ فِي الكَرْمِ أَعْلَاهَا وَفِي الزَّرْعِ أَدْنَاهَا وَفِي الرُّطَبَةِ أَوْسَطَهَا.

قَالَ: (وَمَا سِوَىٰ ذٰلِكَ مِنَ الأَصْنَافِ كَالزَّعْفَرَانِ وَالْبُسْتَانِ وَغَيْرِهِ يُوضَعُ عَلَيْهَا بِحَسَبِ الطَّاقَةِ) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَوْظِيفُ عُمَرَ وَقَدِ اعْتَبَرَ الطَّاقَةَ فِي ذٰلِكَ فَنَعْتَبِرُهَا فِيمَا لَا تَوْظِيفَ فِيهِ، قَالُوا: وَنِهَايَةُ الطَّاقَةِ أَنْ يَبْلُغَ الوَاجِبُ نِصْفَ الخَارِجِ لَا يُزَادُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ التَّنْصِيفَ عَيْنُ الإِنْصَافِ لِمَا كَانَ لَنَا أَنْ نُقَسِّمَ الكُلَّ بَيْنَ الغَانِمِينَ، وَالْبُسْتَانُ كُلُّ أَرْضٍ يَحُوطُهَا حَائِطٌ وَفِيهَا نَخِيلٌ مُتَفَرِّقَةٌ وَأَشْجَارٌ أُخَرُ، وَفِي دِيَارِنَا وَظَّفُوا مِنَ الدَّرَاهِمِ فِي الأَرَاضِي كُلِّهَا وَتُرِكَ كَذٰلِكَ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِقَدْرِ الطَّاقَةِ مِنْ أَيِّ شَيْءٍ كَانَ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ تُطِقْ مَا وُضِعَ عَلَيْهَا نَقَصَهُمُ الإِمَامُ) وَالنُّقْصَانُ عِنْدَ قِلَّةِ الرِّيعِ

المتصل الذي اتصل بعضها ببعض علىٰ وجه يكون كل الأرض مشغولة بها.

جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ؛ أَلَا تَرَىٰ إِلَىٰ قَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لَعَلَّكُمَا حَمَّلْتُمَا الأَرْضَ مَا لَا تُطِيقُ، فَقَالَا: لَا بَلْ حَمَّلْنَاهَا مَا تُطِيقُ، وَلَوْ زِدْنَا لَأَطَاقَتْ، وَهٰذَا يَدُلُّ عَلَىٰ جَوَازِ النُّقْصَانِ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عِنْدَ زِيَادَةِ الرِّيعِ يَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتِبَارًا بِالنُّقْصَانِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لَمْ يَزِدْ حِينَ أُخْبِرَ بِزِيَادَةِ الطَّاقَةِ.

(وَإِنْ غَلَبَ عَلَىٰ أَرْضِ الخَرَاجِ المَاءُ أَوِ انْقَطَعَ المَاءُ عَنْهَا أَوِ اصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَلَا خَرَاجَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ فَاتَ التَّمَكُّنُ مِنَ الزِّرَاعَةِ، وَهُوَ النَّمَاءُ

قوله: أَوِ اصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَلَا خَرَاجَ عَلَيْهِ، لأنه مصابٌ فيستحقُّ المعونة، ولو أخذناه بالخراج كان به استئصاله، وممَّا حمد من سير الأكاسرة أنَّهم كانوا إذا اصطلم الزرع آفةً يردون على الدَّهاقين من خزائنهم ما أنفقوا ويقولون: التاجرُ شريكٌ في الخسران كما هو شريكٌ في الربح، فإن لم يرد عليه شيئًا فلا أقلَّ من أن لا يأخذ منه الخراج، وهذا بخلاف الأجر فإنه يجب بقدر ما كانت الأرض مشغولة بالزرع لأنَّ الأجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الأجر دينًا في ذمته، فأمَّا الخراج فصلة واجبة بقدر ربع الأرض فلا يمكن إيجابه بعد ما اصطلم الزرع آفةً لأنه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الأرض، بخلاف ما إذا عطلها حيث لا يسقط خراجها لأنه هو الذي اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد بذلك اسقاط حقِّ مصارف الخراج فردَّ عليه قصده، وفي الفوائد الظهيرية: الفرق بين الأجر والخراج مع أنَّ كل واحد منهما متعلق بالتمكُّن وهو أنَّ الأجر يجب شيئًا فشيئًا بمقابلة استيفاء المنفعة ولا كذلك الخراج لأنه لا يجب شيئًا فشيئًا فتعتبَر المكنة في المدَّة التي يحصل فيها الريع، ثمَّ قال: هذا إذا ذهب كل الخارج، أمَّا إذا ذهب بعضه فإن بقي مقدار الخراج ومثله إن بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لأنه

التَّقْدِيرِيُّ المُعْتَبَرُ فِي الخَرَاجِ، وَفِيمَا إِذَا اصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَاتَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ فِي بَعْضِ الحَوْلِ وَكَوْنُهُ نَامِيًا فِي جَمِيعِ الحَوْلِ شَرْطٌ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ أَوْ يُدَارُ الحُكْمُ عَلَى الحَقِيقَةِ عِنْدَ خُرُوجِ الخَارِجِ.

قَالَ: (وَإِنْ عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الخَرَاجُ) ؛ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الَّذِي فَوَّتَهُ، قَالُوا: مَنِ انْتَقَلَ إِلَىٰ أَخَسِّ الأَمْرَيْنِ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَعَلَيْهِ

لا يزيد على نصف الخارج، وإن بقي أقلّ من مقدار الخراج يجب نصفه، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: ما ذكر في الكتاب أنَّ الخراج يسقط بالاصطلاح محمولٌ علىٰ ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الأرض ثانياً، أمَّا إذا بقي فلا يسقط الخراج.

قوله: وَإِنْ عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الخَرَاجُ؛ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الَّذِي فَوَّتَهُ، هذا إذا كانت الأرض صالحةً للزراعة والمالك متمكّن من الزراعة فلم يزرعها، أمَّا إذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم مؤنة وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلىٰ غيره مزارعةً، ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له، وإن شاء آجرها وأخذ ذلك من الأجرة، وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال، فإن لم يتمكّن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج، وهذا بلا خلافٍ، وإن كان هذا نوع حجر وفيه ضرر، ولكن هذا إلحاق ضرر بواحد للعامة، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: تدفع إلى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضًا، وفي جمع الشهيد رحمه الله تعالىٰ: باع أرضًا خراجية فإن بقى من السنة مقدار ما يتمكّن المشتَري من الزراعة فالخراج عليه وإلَّا فعلى البائع، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: قَالُوا: مَنِ انْتَقَلَ إِلَىٰ أَخَسِّ الأَمْرَيْنِ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَعَلَيْهِ خَرَاجُ الأَعْلَىٰ، كمن له أرضُ الزعفران فتَركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران، وكذا لو كان له كرمٌ فقلع

خَرَاجُ الأَعْلَىٰ؛ لِأَنَّـهُ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ، وَهٰذَا يُعْرَفُ وَلَا يُفْتَىٰ بِهِ كَيْ لَا يَتَجَرَّأَ الظَّلَمَةُ عَلَىٰ أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ.

(وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الخَرَاجِ أُخِذَ مِنْهُ الخَرَاجُ عَلَىٰ حَالِهِ) ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى المُؤْنَةِ فَيُعْتَبَرُ مُؤْنَةً فِي حَالَةِ البَقَاءِ فَأَمْكَنَ إِبْقَاؤُهُ عَلَى المُسْلِمِ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ المُسْلِمُ أَرْضَ الخَرَاجِ مِنَ الذِّمِّيِّ وَيُؤْخَذَ مِنْهُ الخَرَاجُ لِمَا قُلْنَا) ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ اشْتَرَوْا أَرَاضِيَ الخَرَاجِ وَكَانُوا يُؤَدُّونَ خَرَاجَهَا، فَدَلَّ عَلَىٰ جَوَازِ الشِّرَاءِ وَأَخْذِ الخَرَاجِ وَأَدَائِهِ لِلْمُسْلِمِ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ (وَلَا عُشْرَ فِي الخَارِجِ مِنْ أَرْضِ الخَرَاجِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ:

وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم لأنه هو الذي ضيَّع الزيادة، وهذا يُعرف ولا يفتىٰ به كيلا يتجرَّأ الظَّلَمة علىٰ أخذ أموال الناس، فإن قيل: كيف يجوز هذا وهم لو أخذوا كان أخذهم في موضعه لكونه واجبًا؟ قلنا: المعنىٰ من ذلك أنَّا لو أفتينا بذلك لادَّعىٰ كل ظالم في كل أرضٍ ليس هذا شأنُها أنَّها كانت هيَ قبل هذا تزرع الزعفران أو الزراجين فيأخذ منها خراج الزعفران أو الزراجين، وهذا منهم طمعٌ في غير مطمعٍ فيكون هذا ظلمًا وعدوانًا، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ، احتِراز عمَّا يقوله المتعسِّفة بأنه مكروهٌ، ويستدلون بما رُوِيَ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام رأىٰ من آلات الحراثة فقال: ما دخل هذا بيت قومٍ إلَّا ذُلُّوا، ظنُّوا أنَّ المراد الذلَّ بالتزام الخراج، وليس كذلك بل المراد أنَّ المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتَّبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كرَّ عليهم عدوُّهم فجعلوهم أذِلَّةً، وقد رُوِي عن عبد الله بن مسعود والحسين بن علي وشريح رضي الله تعالىٰ عنهم أنه كانت لهم

يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ مُخْتَلِفَانِ وَجَبَا فِي مَحِلَّيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَلَا يَتَنَافَيَانِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَجْتَمِعُ عُشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضِ مُسْلِمٍ» ، وَلِأَنَّ أَحَدًا مِنْ أَئِمَّةِ العَدْلِ وَالْجَوْرِ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا، وَكَفَىٰ بِإِجْمَاعِهِمْ حُجَّةً؛ وَلِأَنَّ الخَرَاجَ يَجِبُ فِي أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً قَهْرًا، وَالْعُشْرُ فِي أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا طَوْعًا، وَالْوَصْفَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ، وَسَبَبُ الحَقَّيْنِ وَاحِدٌ وَهُوَ الأَرْضُ النَّامِيَةُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي العُشْرِ تَحْقِيقًا وَفِي الخَرَاجِ تَقْدِيرًا، وَلِهَٰذَا يُضَافَانِ إِلَى الأَرْضِ، وَعَلَىٰ هَٰذَا الخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا.

أرضون بالسواد يؤدُّون خراجها.

قوله: فِي مَحِلَّيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، وكذلك لمصرفين مختلفين، أمَّا اختلاف المحلِّ فإنَّ الخراج في ذمَّة المالك والعشر في الخارج، وأمَّا اختلاف السبب فإنَّ سبب الخراج الأرض النامية تقديرًا وسبب العشر الأرض النامية تحقيقًا، وأمَّا اختلاف المصرف فإنَّ الخراج مصروف إلى المقاتلة والعُشر مصروف إلى الفقراء.

قوله: وَالْوَصْفَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ، لأنَّ بينهما تنافيا لأنَّ الطَّوع ضدُّ الكره الحاصل من القهر، فلمَّا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان.

قوله: وَعَلَىٰ هَٰذَا الخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا، حتى لو اشترىٰ أرض عُشر أو خراج للتجارة ففيها العُشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا لأنَّ الواجب حق الله تعالى متعلق بالأرض كالزكاة فلا يجتمعان، كما لا تجب زكاة السائمة والتجارة باعتبار مالٍ واحدٍ، ثمَّ العشر أو الخراج صار وظيفة لهذه الأرض فلا يسقط مع أنه

(وَلَا يَتَكَرَّرُ الخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الخَارِجِ فِي سَنَةٍ) ؛ لِأَنَّ عُمَرَ لَمْ يُوَظِّفْهُ مُكَرَّرًا، بِخِلَافِ العُشْرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ عُشْرًا إلَّا بِوُجُوبِهِ فِي كُلِّ خَارِجٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

أَسْبَق ثبوتًا من زكاة التجارة ولأنه آكد علىٰ معنى أنه لا يسقط بعذرٍ ما، والزكاة تسقط بعذر الصبا والجنون، وإذا كان آكد كان أَوْلَىٰ بالإيجاب، كذا في الإيضاح، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ الجِزْيَةِ

(وَهِيَ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: جِزْيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّرَاضِي وَالصُّلْحِ فَتَتَقَدَّرُ بِحَسَبِ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاتِّفَاقُ) كَمَا «صَالَحَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَهْلَ نَجْرَانَ عَلَىٰ أَلْفٍ وَمِائَتَيْ حُلَّةٍ» ، وَلِأَنَّ المُوجِبَ هُوَ التَّرَاضِي فَلَا يَجُوزُ التَّعَدِّي إِلَىٰ غَيْرِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الِاتِّفَاقُ (وَجِزْيَةٌ يَبْتَدِئُ الإِمَامُ

باب الجزية

الجزية اسمٌ لما يُؤخذ من أهل الذمة، والجمع الجُزىٰ، مثل اللحية واللُّحىٰ، وإنَّما سُمِّيت بِها لأنَّها تجزي عن الذمي أي تقضي وتكفي عن القتل، فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل، هيَ ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ﴿٢٩﴾﴾ [التوبة: ٢٩]، والسُّنة وهو ما رُوِيَ أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية من مجوس هجرٍ، وقد طَعَن بعض الملحدين حيث قالوا: كيف يجوز تقرير الكفار على الشرك بمالٍ ولو جاز ذلك لجاز تقرير الزانِي على الزنا بمال يُؤخذ منه؟ والجواب عنه أنه ليس المقصود هو المال بل الدعاء إلى الدين بأحْسَن الوجوه لأنه بعقد الذمة يسكن بين المسلمين ويرىٰ محاسن الدين فرُبَّما يسلم مع أنَّ فيه دفع شرِّ قتاله.

قوله: كَمَا «صَالَحَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَهْلَ نَجْرَانَ عَلَىٰ أَلْفٍ وَمِائَتَيْ حُلَّةٍ»، نجران بلاد وأهلها نصارىٰ، والحُلَّة إزارٌ ورداء، هذا هو المختار ولا تُسَمَّىٰ حلة حتى يكون ثوبين، وهي من الحلول من حلَّ الدار، أو الحل من حلَّ العقدة لِمَا بينهما من الفرجة.

وَضْعَهَا إِذَا غَلَبَ الإِمَامُ عَلَى الكُفَّارِ، وَأَقَرَّهُمْ عَلَىٰ أَمْلَاكِهِمْ، فَيَضَعُ عَلَى الغَنِيِّ الظَّاهِرِ الغِنَىٰ فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا يَأْخُذُ مِنْهُمْ فِي كُلِّ شَهْرٍ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ، وَعَلَى وَسَطِ الحَالِ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمَيْنِ، وَعَلَى الفَقِيرِ المُعْتَمِلِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمًا) وَهٰذَا عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَضَعُ عَلَىٰ كُلِّ حَالِمٍ دِينَارًا أَوْ مَا يَعْدِلُ الدِّينَارَ، وَالْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِمُعَاذٍ خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ دِينَارًا أَوْ عَدْلَهُ مَعَافِرَ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَلِأَنَّ الجِزْيَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ القَتْلِ حَتَّىٰ لَا تَجِبَ عَلَىٰ مَنْ لَا يَجُوزُ قَتْلُهُ بِسَبَبِ الكُفْرِ كَالذَّرَارِيِّ وَالنِّسْوَانِ، وَهٰذَا المَعْنَىٰ يَنْتَظِمُ الفَقِيرَ وَالْغَنِيَّ،

قوله: عَلَى الغَنِيِّ الظَّاهِرِ الغِنَىٰ، هو صاحبُ المال الكثير لا يحتاج إلى العمل، والمتوسِّطُ الذي له مال لا يستغنىٰ بماله عن العمل، والمعتمل الذي يكسب أكثر من حاجته ولا مالَ له، وقيل: الفائق الذي يملك عشرة آلاف درهم فصاعدًا، ومتوسط الحال الذي يملك مائتي درهم فصاعدًا، والمعتمل الذي يملك ما دون المائتين أو لا يملك شيئًا، كذا في شرح القدوري.

قوله: أَوْ عَدْلَهُ مَعَافِرَ، أي خذ مثل دينار بردًا من هذا الجنس، يقال: ثوبٌ معافرٌ، منسوب إلىٰ معافر بن مرٍّ ثم صار له اسمًا بغير نسبة، كذا في المغرب، وذكر في الفوائد الظهيرية: معافر حيٌّ من همدان ينسب إليه هذا النوع من الثياب، وعدل الشيء بالفتح مثله من خلاف جنسه، وبالكسر مثله من جنسه.

وَمَذْهَبُنَا مَنْقُولٌ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِمْ أَحَدٌ مِنَ المُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ؛ وَلِأَنَّهُ وَجَبَ نُصْرَةً لِلْمُقَاتِلَةِ فَتَجِبُ عَلَى التَّفَاوُتِ بِمَنْزِلَةِ خَرَاجِ الأَرْضِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ وَجَبَ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ وَذٰلِكَ يَتَفَاوَتُ بِكَثْرَةِ الوَفْرِ وَقِلَّتِهِ، فَكَذَا أُجْرَتهُ أَوْ مَا هُوَ بَدَلُهُ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ أَنَّهُ كَانَ ذٰلِكَ صُلْحًا، وَلِهٰذَا أَمَرَهُ بِالْأَخْذِ

قوله: وَمَذْهَبُنَا مَنْقُولٌ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، التمسُّك به من وجهين: أحدهما: أنَّ نصب المقادير بالرأي لا يكون فدلَّ أنه اعتمد السماع من النبي عليه الصلاة والسلام، والثاني: أنه فعل ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ومشورة منهم، ولم يرده عليه أحدٌ فصار إجماعًا.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّهُ وَجَبَ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ، ولهذا ضربت الجزية على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال في سبيل الله لو كانوا مسلمين، فإن قيل: هذا لا يجوز لأنَّ القتال فرض كفاية والجزية فرض عين، قلنا: إنَّ القتال في الأصل واجب على كل إنسان منَّا لكنه وجب للذبِّ عن الدار وكسر شوكة المشركين فإذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الآخرين، وهذا كالسعي واجب على كل مسلم فإن حمله إنسان كرهًا إلى الجمعة سقطَ عنه ذلك لأنه وجب لإمكان الجمعة وقد حصل بدون فعله، فكذلك الجهاد حتى إذا لم يحصل ذلك لزم على كل إنسان ذلك، فإن قيل: النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفًا عن الطاعة؟ قلنا: إنَّ الخلفية عن النصرة في حقِّ المسلمين لِمَا فيه من زيادة القوَّة للمسلمين، كذا في الأسرار.

قوله: وَذٰلِكَ يَتَفَاوَتُ بِكَثْرَةِ الوَفْرِ وَقِلَّتِهِ، فالفقير لو كان مسلمًا ينصر الدار راجلاً ووسط الحال ينصرها راكبًا والفائق في الغنى يركب ويركب غلامه.

مِنَ الحَالِمَةِ وَإِنْ كَانَتْ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا الجِزْيَةُ.

قَالَ: (وَتُوضَعُ الجِزْيَةُ عَلَىٰ أَهْلِ الكِتَابِ وَالْمَجُوسِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] الآيَةَ، «وَوَضَعَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الجِزْيَةَ عَلَى المَجُوسِ».

قَالَ: (وَعَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنَ العَجَمِ) وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّ القِتَالَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩٣] إِلَّا أَنَّا عَرَفْنَا جَوَازَ تَرْكِهِ فِي حَقِّ أَهْلِ الكِتَابِ بِالْكِتَابِ وَفِي حَقِّ المَجُوسِ بِالْخَبَرِ فَبَقِيَ مَنْ وَرَاءَهُمْ عَلَى الأَصْلِ، وَلَنَا أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ فَيَجُوزُ ضَرْبُ الجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَىٰ سَلْبِ النَّفْسِ مِنْهُمْ فَإِنَّهُ يَكْتَسِبُ وَيُؤَدِّي إِلَى المُسْلِمِينَ وَنَفَقَتُهُ فِي كَسْبِهِ (وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ قَبْلَ ذَٰلِكَ فَهُمْ وَنِسَاؤُهُمْ وَصِبْيَانُهُمْ فَيْءٌ) ؛ لِجَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ.

(وَلَا تُوضَعُ عَلَىٰ عَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنَ العَرَبِ وَلَا المُرْتَدِّينَ) لِأَنَّ كُفْرَهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ، أَمَّا مُشْرِكُو العَرَبِ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَشَأَ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ وَالْقُرْآنُ نَزَلَ بِلُغَتِهِمْ فَالْمُعْجِزَةُ فِي حَقِّهِمْ أَظْهَرُ، وَأَمَّا

قوله: وَتُوضَعُ الجِزْيَةُ عَلَىٰ أَهْلِ الكِتَابِ، أي من العرب والعجم.

قوله: فَالْمُعْجِزَةُ فِي حَقِّهِمْ أَظْهَرُ، لأنه نشأ بين أظهرهم وكانوا أعْرَف بحاله قبل بعثه حتَّىٰ كانوا يسمُّونه أمينًا وكانوا يعرفونه محترزًا عن الكذب غاية الاحتِراز فمن كان

الْمُرْتَدُّ؛ فَلِأَنَّهُ كَفَرَ بِرَبِّهِ بَعْدَمَا هُدِيَ لِلْإِسْلَامِ وَوَقَفَ عَلَىٰ مَحَاسِنِهِ فَلَا يُقْبَلُ مِنَ الفَرِيقَيْنِ إِلَّا الإِسْلَامُ أَوِ السَّيْفُ زِيَادَةً فِي العُقُوبَةِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - يُسْتَرَقُّ مُشْرِكُو العَرَبِ، وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

(وَإِذَا ظُهِرَ عَلَيْهِمْ فَنِسَاؤُهُمْ وَصِبْيَانُهُمْ فَيْءٌ) لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - اسْتَرَقَّ نِسْوَانَ بَنِي حَنِيفَةَ وَصِبْيَانَهُمْ لَمَّا ارْتَدُّوا وَقَسَّمَهُمْ بَيْنَ الغَانِمِينَ (وَمَنْ لَمْ يُسْلِمْ مِنْ رِجَالِهِمْ قُتِلَ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَا جِزْيَةَ عَلَى امْرَأَةٍ وَلَا صَبِيٍّ) لِأَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ القَتْلِ أَوْ عَنِ القِتَالِ وَهُمَا لَا يُقْتَلَانِ وَلَا يُقَاتِلَانِ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ.

محترَزًا عن الكذب على العباد لا يكذب على الله تعالىٰ، والقرآن نزل بلغتهم وكانوا أعْرَف بفهم معانيه وأعْلَم ببلاغته وإعجازه فكانت الحجَّة إياهم ألزم، فإن قيل: علىٰ هذا وجب أن لا تقبل الجزية من العرب وإن كانوا من أهل الكتاب؟ قلنا: المراد بالعرب عربيُّ الأصل وأهل الكتاب وإن كانوا سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعربيِّ الأصل، فالنبيُّ عليه الصلاة والسلام صالح بني نجران علىٰ ألف ومائتي حُلَّةٍ كلَّ سنةٍ، وكذا عُمر رضي الله عنه أخذ الجزية من نصارىٰ بني تغلب وهم عرب لكن باعتبار سكناهم في أرض العرب لا باعتبار الأصل، وإنَّما العرب في الأصل هم عبدة الأوثان وإنَّهم أميُّون كما وصفهم الله تعالىٰ في كتابه، ولأنَّ الإبقاء على ما اعتقده ليكون نوع تخفيف في حقِّه، وأهل الكتاب جنايتهم في الكفر أخفُّ من جناية عبدة الأوثان لإقرارهم ببعض الرسل والكتاب، ألا ترىٰ أنه تحلُّ مناكحتهم وذبيحتهم بِهذا القدر فلذلك ثبت هذا النوع من التخفيف.

قوله: بَدَلًا عَنِ القَتْلِ أَوْ عَنِ القِتَالِ، فإن قيل: تلزمها النصرة بالمال لو كانت مسلمةً فكذا إذا كانت ذميَّةً؟ قلنا: الجزية ما شرعت خلفًا عن النصرة في حقِّنا لا غير

قَالَ: (وَلَا زَمِنٍ وَلَا أَعْمَىٰ) وَكَذَا المَفْلُوجُ وَالشَّيْخُ الكَبِيرُ لِمَا بَيَّنَّا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ تَجِبُ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ فِي الجُمْلَةِ إِذَا كَانَ لَهُ رَأْيٌ (وَلَا عَلَىٰ فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، لَهُ إِطْلَاقُ حَدِيثِ مُعَاذٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلَنَا أَنَّ عُثْمَانَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لَمْ يُوَظِّفْهَا عَلَىٰ فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ وَكَانَ ذٰلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَلِأَنَّ خَرَاجَ الأَرْضِ لَا يُوَظَّفُ عَلَىٰ أَرْضٍ لَا طَاقَةَ لَهَا فَكَذَا هٰذَا الخَرْجُ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى المُعْتَمِلِ.

(وَلَا تُوضَعُ عَلَى المَمْلُوكِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ) لِأَنَّهُ بَدَلٌ عَنِ القَتْلِ فِي حَقِّهِمْ وَعَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا، ....

بل خلفًا عن النصرة في حقنا وعن القتال أو عن القتل في حقِّ المأخوذ منه، ولهذا يصرف المأخوذ إلى المقاتلة لتحصيل النصرة بماله كما تحصل ببدنه لو كان مسلمًا، فإذا لم يكن من أهل القتال والقتل والجزية بدل عن الأمرين فلا تجبُ بأحدهما.

قوله: وَعَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا، لأنَّ أهل الذمة يصيرون منَّا دارًا والقيام بنصرة الدار واجبٌ علىٰ أهلها ولا تصلح أبدانُهم لهذه النصرة لميلهم إلىٰ أهل الدار المعادية اعتقادًا فأوْجَب الشرعُ عليهم في أموالهم جزيةً عقوبةً لهم علىٰ كفرهم بدلاً عن القتل وخلفًا عن النصرة التي فاتت بإصْرَارهم على الكفر في حقِّنا، وجوابه ما قلنا من تغلُّظ كفرهم، وإذا ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانُهم فيءٌ لأنه عليه الصلاة والسلام سبىٰ ذرية أوطاس وهوازن واستَرَقَّ أبو بكر رضي الله عنه نِسْوان بني حنيفة وصبيانَهم لمَّا ارتدوا وقسَّم بين الغانمين حتى وقع في سهم علي رضي الله عنه الحنفية فولد منها محمد بن الحنفية رضي

وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لَا تَجِبُ فَلَا تَجِبُ بِالشَّكِّ (وَلَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ مَوَالِيهِمْ) لِأَنَّهُمْ تَحَمَّلُوا الزِّيَادَةَ بِسَبَبِهِمْ.

(وَلَا تُوضَعُ عَلَى الرُّهْبَانِ الَّذِينَ لَا يُخَالِطُونَ النَّاسَ) كَذَا ذَكَرَ هَاهُنَا، وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُوضَعُ عَلَيْهِمْ إِنْ كَانُوا يَقْدِرُونَ عَلَى العَمَلِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَجْهُ الوَضْعِ عَلَيْهِمْ أَنَّ القُدْرَةَ عَلَى العَمَلِ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَهَا فَصَارَ كَتَعْطِيلِ الأَرْضِ الخَرَاجِيَّةِ، وَوَجْهُ الوَضْعِ عَنْهُمْ أَنَّهُ لَا قَتْلَ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانُوا لَا يُخَالِطُونَ النَّاسَ، وَالْجِزْيَةُ فِي حَقِّهِمْ لِإِسْقَاطِ القَتْلِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المُعْتَمِلُ

الله عنهم، وإذا ظهرنا عليهم أي علىٰ مشركي العرب والمرتدين إلَّا أنَّ ذرَارِيَ المرتدين ونسائهم يجبَرون على الإسلام وذراري عَبَدَة الأوثان من العرب ونساؤهم لا يجبرون على الإسلام، وحنيفة أبو حيٍّ من العرب.

قوله: وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لَا تَجِبُ، أي على اعتبار النصرة لأنه لا يجب عليهم النصرة والجزية بدل عن القتل في حقِّهم وعن النصرة في حقِّنا.

قوله: وَلَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ مَوَالِيهِمْ، لِأَنَّهُمْ تَحَمَّلُوا الزِّيَادَةَ بِسَبَبِهِمْ، أي تحملوا زيادة الجزية بالغنىٰ بسبب هؤلاء وتؤخذ الجزية من كل كافرٍ سوىٰ مشركي العرب والمرتدين، وأمَّا الصابئون فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: تؤخذ منهم الجزية، وقال صاحباه: لا تؤخذ، قالوا: وإنَّما قال ذلك أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأنه وقع في رأيه أنَّهم من أهل الكتاب، وأمَّا الزنادقة فأخذ الجزية منهم بناءٌ علىٰ قبول التوبة منهم، قالوا: لو جاء الزنديق قبل أن تؤخذ فأقرَّ أنه زنديقٌ فتابَ عن ذلك تُقبل توبته، فإن أخذ ثمَّ تاب لا تقبل توبته لأنَّهم

صَحِيحًا وَيَكْتَفِي بِصِحَّتِهِ فِي أَكْثَرِ السَّنَةِ.

(وَمَنْ أَسْلَمَ وَعَلَيْهِ جِزْيَةٌ سَقَطَتْ عَنْهُ) وَكَذٰلِكَ إِذَا مَاتَ كَافِرًا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِيهِمَا، لَهُ أَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ العِصْمَةِ أَوْ عَنِ السُّكْنَىٰ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ المُعَوَّضُ فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ العِوَضُ بِهٰذَا العَارِضِ كَمَا فِي الأُجْرَةِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَيْسَ عَلَىٰ مُسْلِمٍ جِزْيَةٌ» وَلِأَنَّهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةً عَلَى الكُفْرِ وَلِهٰذَا تُسَمَّىٰ

باطنية يظهرون شيئًا ويعتقدون في الباطن خلافَ ذلك فيُقتلون ولا تُؤخذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم، كذا في سير فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَكَذٰلِكَ إِذَا مَاتَ كَافِرًا، وكذلك إذا عمي أو صار مقعدًا أو زمنًا أو شيخًا كبيرًا لا يستطيع أن يعمل، أو صار فقيرًا لا يقدر علىٰ شيء وبقي عليه من جزية رأسه شيء سقط ذلك الباقي، كذا في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لَهُ أَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ العِصْمَةِ، إذ أصل العصمة بالإسلام كما ورد به الحديث، والذمي عَصَمَ دمه بغير الإسلام بما التزم من المال للمسلمين، أَوْ عَنِ السُّكْنَىٰ، فإنه لمَّا أراد سكنىٰ دارنا أبدًا لا يمكن إلَّا بمالٍ وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط العوض بعارض الإسلام أو الموت.

قوله: كَمَا فِي الأُجْرَةِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ، يعني لو كانت الجزية بدلاً عن السكنىٰ تكون في معنى الأجرة فلا تسقط بالموت والإسلام كما في الأجرة، ولو كانت بدلاً عن العصمة تكون في معنى بدل الصلح عن دم العمد وذلك لا يسقط بالموت والإسلام فكذا ما هو في معناه.

جِزْيَةً وَهِيَ وَالْجَزَاءُ وَاحِدٌ، وَعُقُوبَةُ الكُفْرِ تَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ وَلَا تُقَامُ بَعْدَ المَوْتِ، وَلِأَنَّ شَرْعَ العُقُوبَةِ فِي الدُّنْيَا لَا يَكُونُ إِلَّا لِدَفْعِ الشَّرِّ وَقَدِ انْدَفَعَ بِالْمَوْتِ وَالْإِسْلَامِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا وَقَدْ قَدَرَ عَلَيْهَا بِنَفْسِهِ بَعْدَ الإِسْلَامِ، وَالْعِصْمَةُ تَثْبُتُ بِكَوْنِهِ آدَمِيًّا وَالذِّمِّيُّ يَسْكُنُ مِلْكَ نَفْسِهِ فَلَا مَعْنَىٰ لِإِيجَابِ بَدَلِ العِصْمَةِ وَالسُّكْنَىٰ.

(وَإِنِ اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الحَوْلَانِ تَدَاخَلَتْ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ خَرَاجُ رَأْسِهِ حَتَّىٰ مَضَتِ السَّنَةُ وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُؤْخَذْ وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: يُؤْخَذُ مِنْهُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -.

(وَإِنْ مَاتَ عِنْدَ تَمَامِ السَّنَةِ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَكَذٰلِكَ إِنْ مَاتَ فِي بَعْضِ السَّنَةِ) أَمَّا مَسْأَلَةُ المَوْتِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهَا، وَقِيلَ خَرَاجُ الأَرْضِ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ، وَقِيلَ لَا تَدَاخُلَ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ، لَهُمَا

قوله: وَهِيَ وَالْجَزَاءُ وَاحِدٌ، وهو يطلق على المثوبة والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية، وهذه ليست بمثوبة فتعيَّن عقوبة، ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار، وفي النصِّ إشارة إليه حيث جعل حالاً لهم عند الإعطاء فيكون إضرارًا ظاهرًا وهي المعنى بالعقوبة.

قوله: وَالْعِصْمَةُ تَثْبُتُ بِكَوْنِهِ آدَمِيًّا، جوابٌ عن قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه أنَّها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنىٰ.

فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ الخَرَاجَ وَجَبَ عِوَضًا، وَالْأَعْوَاضُ إِذَا اجْتَمَعَتْ وَأَمْكَنَ اسْتِيفَاؤُهَا تُسْتَوْفَىٰ، وَقَدْ أَمْكَنَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ بَعْدَ تَوَالِي السِّنِينَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةً عَلَى الإِصْرَارِ عَلَى الكُفْرِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهٰذَا لَا يُقْبَلُ مِنْهُ لَوْ بَعَثَ عَلَىٰ يَدِ نَائِبِهِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَاتِ، بَلْ يُكَلَّفُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ بِنَفْسِهِ فَيُعْطِيَ قَائِمًا، وَالْقَابِضُ مِنْهُ قَاعِدٌ، وَفِي رِوَايَةٍ: يَأْخُذُ بِتَلْبِيبِهِ وَيَهُزُّهُ هَزًّا وَيَقُولُ: أَعْطِ الجِزْيَةَ يَا ذِمِّيُّ فَثَبَتَ أَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالْعُقُوبَاتُ إِذَا اجْتَمَعَتْ تَدَاخَلَتْ كَالْحُدُودِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ القَتْلِ فِي حَقِّهِمْ وَعَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا كَمَا ذَكَرْنَا، لٰكِنْ فِي المُسْتَقْبَلِ لَا فِي المَاضِي؛ لِأَنَّ القَتْلَ إِنَّمَا يُسْتَوْفَىٰ لِحِرَابٍ قَائِمٍ فِي الحَالِ لَا لِحِرَابٍ مَاضٍ، وَكَذَا النُّصْرَةُ فِي المُسْتَقْبَلِ؛ لِأَنَّ المَاضِيَ وَقَعَتِ الغُنْيَةُ عَنْهُ، ثُمَّ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي الجِزْيَةِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَىٰ، حَمَلَهُ بَعْضُ المَشَايِخِ عَلَى المُضِيِّ مَجَازًا، وَقَالَ: الوُجُوبُ بِآخِرِ السَّنَةِ، فَلَا بُدَّ مِنَ المُضِيِّ لِيَتَحَقَّقَ الِاجْتِمَاعُ فَتَتَدَاخَلَ، وَعِنْدَ البَعْضِ هُوَ مُجْرًى عَلَىٰ حَقِيقَتِهِ، وَالْوُجُوبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بِأَوَّلِ الحَوْلِ فَيَتَحَقَّقُ الِاجْتِمَاعُ بِمُجَرَّدِ المَجِيءِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الوُجُوبَ عِنْدَنَا فِي ابْتِدَاءِ الحَوْلِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِي آخِرِهِ اعْتِبَارًا بِالزَّكَاةِ، ....

وَلَنَا أَنَّ مَا وَجَبَ بَدَلًا عَنْهُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا فِي الْمُسْتَقْبَلِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ فَتَعَذَّرَ إِيجَابُهُ بَعْدَ مُضِيِّ الحَوْلِ فَأَوْجَبْنَاهُ فِي أَوَّلِهِ.

قوله: وَلَنَا أَنَّ مَا وَجَبَ بَدَلًا عَنْهُ، فالذي وجبت الجزية بدلاً عنه القتل في حقِّهم والنصرة في حقِّنا والقتل إنَّما يستوفى لحرابٍ قائمٍ لا لحرابٍ ماضٍ فكذا النصرة إنَّما تتحقَّق في المستقبل لأنَّ الماضي وقعت الغنية عنه، فلو قلنا بأنَّ الوجوب في آخر السنة يلزم أن لا يجب شيء لأنَّ في الماضي من السنة لم يبق الحراب قائمًا ووقعت الغنية عن النصرة فلا يجب، وأمَّا الجواب عن اعتباره بالزكاة فقلنا: إنَّما وجبت الزكاة في آخر الحول لأنَّ الزكاة إنما تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الأربعة علىٰ ما مرَّ فلا بُدَّ من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الأداء.

قوله: عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّ المَاضِيَ وَقَعَتِ الغُنْيَةُ عَنْهُ.

قوله: فَأَوْجَبْنَاهُ فِي أَوَّلِهِ، بخلاف الزكاة لأنَّ سببها المال النامي والنمو لا يتحقَّق إلَّا بمدَّة وقُدِّرت مدة النمو بالحول فقبل حولان الحول لا يثبت.

* * *

فصل

[لا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام]

(وَلَا يَجُوزُ إِحْدَاثُ بِيعَةٍ وَلَا كَنِيسَةٍ فِي دَارِ الإِسْلَامِ) ؛ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا خِصَاءَ فِي الإِسْلَامِ وَلَا كَنِيسَةَ» وَالْمُرَادُ إِحْدَاثُهَا (وَإِنِ انْهَدَمَتِ البِيَعُ وَالْكَنَائِسُ القَدِيمَةُ أَعَادُوهَا) لِأَنَّ الأَبْنِيَةَ لَا تَبْقَىٰ دَائِمًا، وَلَمَّا أَقَرَّهُمُ الإِمَامُ فَقَدْ عَهِدَ إِلَيْهِمُ الإِعَادَةَ إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يُمَكَّنُونَ مِنْ نَقْلِهَا؛ لِأَنَّهُ إِحْدَاثٌ فِي الحَقِيقَةِ، وَالصَّوْمَعَةُ لِلتَّخَلِّي فِيهَا بِمَنْزِلَةِ البِيعَةِ، بِخِلَافِ مَوْضِعِ الصَّلَاةِ فِي البَيْتِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلسُّكْنَىٰ، وَهٰذَا فِي الأَمْصَارِ دُونَ القُرَىٰ؛ لِأَنَّ الأَمْصَارَ هِيَ الَّتِي تُقَامُ فِيهَا الشَّعَائِرُ فَلَا تُعَارَضُ بِإِظْهَارِ مَا يُخَالِفُهَا، وَقِيلَ فِي دِيَارِنَا يُمْنَعُونَ مِنْ ذٰلِكَ

فصل

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا خِصَاءَ فِي الإِسْلَامِ وَلَا كَنِيسَةَ»، الخصاء بالكسر والمدِّ علىٰ فعال مصدر خصاه يخصيه أي نزع خصيته، والإخصاء في معناه خطأ، ذكره في المغرب، وقيل: المراد به التبتُّل والامتناع من النساء كما يفعله أهل الكتاب حتَّىٰ يصير في حكم الخصي، يقال كنيسة اليهود والنصارىٰ لمتعبدهم وكذلك البيعة مطلقًا في الأصل، وإن غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارىٰ.

قوله: وَالصَّوْمَعَةُ لِلتَّخَلِّي فِيهَا بِمَنْزِلَةِ البِيعَةِ، أي لا يمكنون من إحداث الصومعة التي يتخلون فيها أيضًا.

فِي القُرَىٰ أَيْضًا؛ لِأَنَّ فِيهَا بَعْضَ الشَّعَائِرِ، وَالْمَرْوِيُّ عَنْ صَاحِبِ المَذْهَبِ فِي قُرَى الكُوفَةِ لِأَنَّ أَكْثَرَ أَهْلِهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ، وَفِي أَرْضِ العَرَبِ يُمْنَعُونَ مِنْ ذٰلِكَ فِي أَمْصَارِهَا وَقُرَاهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَجْتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ العَرَبِ».

قَالَ: (وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمَيُّزِ عَنِ المُسْلِمِينَ فِي زِيِّهِمْ وَمَرَاكِبِهِمْ وَسُرُوجِهِمْ وَقَلَانِسِهِمْ فَلَا يَرْكَبُونَ الخَيْلَ وَلَا يَعْمَلُونَ بِالسِّلَاحِ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِإِظْهَارِ الكُسْتِيجَاتِ وَالرُّكُوبِ عَلَى السُّرُوجِ الَّتِي هِيَ كَهَيْئَةِ الأَكُفِّ) وَإِنَّمَا يُؤْخَذُونَ بِذٰلِكَ إِظْهَارًا لِلصَّغَارِ عَلَيْهِمْ وَصِيَانَةً لِضَعَفَةِ المُسْلِمِينَ؛ وَلِأَنَّ المُسْلِمَ يُكْرَمُ،

قوله: وَالْمَرْوِيُّ عَنْ صَاحِبِ المَذْهَبِ، أي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والمراد من المرويِّ قوله: وَهٰذَا فِي الأَمْصَارِ دُونَ القُرَىٰ، جَزَر الماء إذا انفجر عن الأرض حين غار ونقص منه، ومنه الجزيرة، ويقال جزيرة العرب لأرضها ومحلتها لأنَّ بحر فارس وبحر الحبش ودجلة وفرات قد أحاطت بها.

قوله: بِإِظْهَارِ الكُسْتِيجَاتِ، الكُسْتيج عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ خيطٌ غليظٌ بقدر الإصبع يشدُّه الذمي فوق ثيابه دون ما يتزيَّنون به من الزنانير المتَّخذة من الإبريسم، ومنه: أمر عُمرُ رضي الله عنه أهلَ الذمة بإظهار الكستيجات.

قوله: وَصِيَانَةً لِضَعَفَةِ المُسْلِمِينَ، المراد من الضَّعفة هم الضعفة في الدين لا الضعفة في البدن، أي إنَّما تؤخذ أهل الذمة بما يورث عليهم الصغار والذلَّة لكي يروا في أعين الذين لم يتصلبوا في دين الإسلام علىٰ وجه الصغار والذلَّة، حتَّىٰ لا يقولوا أنَّ الكفار

وَالذِّمِّيُّ يُهَانُ، وَلَا يُبْتَدَأُ بِالسَّلَامِ وَيُضَيَّقُ عَلَيْهِ الطَّرِيقُ، فَلَوْ لَمْ تَكُنْ عَلَامَةٌ مُمَيِّزَةٌ فَلَعَلَّهُ يُعَامَلُ مُعَامَلَةَ الْمُسْلِمِينَ وَذٰلِكَ لَا يَجُوزُ؛ وَالْعَلَامَةُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ خَيْطًا غَلِيظًا مِنَ الصُّوفِ يَشُدُّهُ عَلَىٰ وَسَطِهِ دُونَ الزُّنَّارِ مِنَ الإِبْرَيْسَمِ فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الإِسْلَامِ، وَيَجِب أَنْ يَتَمَيَّزَ نِسَاؤُهُمْ عَنْ نِسَائِنَا فِي الطُّرُقَاتِ وَالْحَمَّامَاتِ، وَيُجْعَلُ عَلَىٰ دُوَرِهِمْ

يتقلَّبون في النعمة والدعة والمؤمنين في المحنة والضعة وأن لا يميلوا إلى الكفر بسبب سعتهم ورونق حالهم، وإليه أشار الله تعالىٰ إلىٰ قوله: ﴿وَلَوْلَآ أَن يَكُونَ ٱلنَّاسُ أُمَّةً وَٰحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِٱلرَّحْمَٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِّن فِضَّةٍ﴾ [الزخرف: ٣٣] الآية.

قوله: فَلَوْ لَمْ تَكُنْ عَلَامَةٌ مُمَيِّزَةٌ فَلَعَلَّهُ - الذمي - يُعَامَلُ مُعَامَلَةَ الْمُسْلِمِينَ، ورُبَّما يموت منهم أحد فجأةً في الطريق، فإذا لم تكن معه علامةٌ يظنُّونه مسلمًا فيصنعون به ما يصنعون بموتى المسلمين، والتحرز عن ذلك واجب في حقِّ الكفار، فإن قيل: أليسَ أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام لم يأخذ بذلك يهود المدينة ولا نصارىٰ نجران ولا مجوس هجرٍ؟ قلنا: إنَّهم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين بالمدينة لا يشتبه حالهم فكان لا تقع الحاجة إلىٰ ذلك، ثم في زمن عُمر رضي الله عنه لما كثُر الناس ممن يُعرف وممن لا يُعرف وقعت الحاجة إلىٰ ذلك وكان ذلك صوابًا، قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: «أينما دار عمرُ فالحقُّ معه»، وذكر التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: فيكتفى في كل بلد من العلامة بما تعارفه أهله لأنَّ المقصود يحصل بِهذا.

قوله: فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الإِسْلَامِ، الجَفاء هو الغلظ في العشرة والخرق في المعاملة وترك الرِّفق ومنه قوله: فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الإِسْلَامِ، أي ترك حُسن العشرة بأهل الإسلام لأنَّ في الأمر لأهل الذمة بتميزهم بما يوجب إعزازهم من اتخاذ الزنانير عن

عَلَامَاتٌ كَيْ لَا يَقِفَ عَلَيْهَا سَائِلٌ يَدْعُوَ لَهُمْ بِالْمَغْفِرَةِ، قَالُوا: الأَحَقُّ أَنْ لَا يُتْرَكُوا أَنْ يَرْكَبُوا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ، وَإِذَا رَكِبُوا لِلضَّرُورَةِ فَلْيَنْزِلُوا فِي مَجَامِعِ المُسْلِمِينَ، فَإِنْ لَزِمَتِ الضَّرُورَةُ اتَّخَذُوا سُرُوجًا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ، وَيُمْنَعُونَ مِنْ لِبَاسٍ يَخْتَصُّ بِهِ أَهْلُ العِلْمِ وَالزُّهْدِ وَالشَّرَفِ.

(وَمَنِ امْتَنَعَ مِنَ الجِزْيَةِ أَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا أَوْ سَبَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَوْ زَنَىٰ بِمُسْلِمَةٍ لَمْ يُنْتَقَضْ عَهْدُهُ) لِأَنَّ الغَايَةَ الَّتِي يَنْتَهِي بِهَا القِتَالُ التِزَامُ الجِزْيَةِ لَا أَدَاؤُهَا وَالِالْتِزَامُ بَاقٍ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: سَبُّ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَكُونُ نَقْضًا؛ لِأَنَّهُ يَنْقُضُ إِيمَانَهُ فَكَذَا يَنْقُضُ أَمَانَهُ إِذْ عَقْدُ الذِّمَّةِ خَلَفٌ عَنْهُ، وَلَنَا أَنَّ سَبَّ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كُفْرٌ مِنْهُ، وَالْكُفْرُ المُقَارِنُ لَا يَمْنَعُهُ فَالطَّارِئُ لَا يَرْفَعُهُ.

قَالَ: (وَلَا يُنْقَضُ العَهْدُ إِلَّا أَنْ يَلْحَقَ بِدَارِ الحَرْبِ أَوْ يَغْلِبُوا عَلَىٰ مَوْضِعٍ فَيُحَارِبُونَنَا)؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا حَرْبًا عَلَيْنَا فَيُعَرَّىٰ عَقْدُ الذِّمَّةِ عَنِ الفَائِدَةِ وَهُوَ دَفْعُ شَرِّ الحِرَابِ (وَإِذَا نَقَضَ الذِّمِّيُّ العَهْدَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ المُرْتَدِّ)

الإبريسم إهانةٌ لأهل الإسلام لأنَّ من أعزَّ عدوَّ صديقه فقد أهانَ صديقَه.

قوله: أَنْ يَرْكَبُوا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ، كالخروج إلى الرَّستاق، وذهاب المريض إلى موضعٍ يحتاج إليه.

مَعْنَاهُ فِي الحُكْمِ بِمَوْتِهِ بِاللَّحَاقِ؛ لِأَنَّهُ التَحَقَ بِالْأَمْوَاتِ، وَكَذَا فِي حُكْمِ مَا حَمَلَهُ مِنْ مَالِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوْ أُسِرَ يُسْتَرَقُّ بِخِلَافِ المُرْتَدِّ.

فصل
[نصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزّكاة]

(وَنَصَارَىٰ بَنِي تَغْلِبَ يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ المُسْلِمِينَ مِنَ الزَّكَاةِ) ؛ لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - صَالَحَهُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكَ بِمَحْضَرِ

قوله: وَكَذَا فِي حُكْمِ مَا حَمَلَهُ مِنْ مَالِهِ، يعني الذميُّ إذا نقض العهد ولَحِقَ بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر علىٰ دار الحرب يكون ذلك المال فيئًا، كالمرتدِّ إذا لَحِقَ بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار فماله فيءٌ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فصل
[نصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة]

بنو تغلب قومٌ من نصارى العرب وكانت لهم شوكة وقوَّة فطالبهم عُمر رضي الله عنه بالجزية فأبوا وخافَ عُمر رضي الله عنه أن يلحقوا بالروم فيصيروا عونًا لهم وطلبوا أن يؤخذ منهم ما يؤخذ من المسلمين فأبىٰ ذلك عُمر رضي الله عنه فوقع الصلح على أن يضاعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات بمحضرٍ من الصحابة رضي الله عنهم، ثمَّ اختلفوا في هذا الواجب فقال زُفر والشافعي رحمهما الله تعالىٰ: هو جزية حتى لا يؤخذ من نسائهم وصبيانِهم، وقال أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: هو واجب بشرائط الزكاة في حقِّ المأخوذ منهم وخراج الأرض في حقِّ الآخذين لأنَّ الصلح وقع على تضعيف الزكاة ومن قضية التضعيف أن يعمَّ مواضع وجوب الصدقة ولا تتبدل الشروط والأسباب فجعل الواجب في حقِّهم بشرائط الزكاة وأسبابِها.

مِنَ الصَّحَابَةِ (وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ صِبْيَانِهِمْ) لِأَنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ عَلَى الصَّدَقَةِ المُضَاعَفَةِ، وَالصَّدَقَةُ تَجِبُ عَلَيْهِنَّ دُونَ الصِّبْيَانِ فَكَذَا المُضَاعَفُ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ أَيْضًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّهُ جِزْيَةٌ فِي الحَقِيقَةِ عَلَىٰ مَا قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: هٰذِهِ جِزْيَةٌ فَسَمُّوهَا مَا شِئْتُمْ، وَلِهٰذَا تُصْرَفُ مَصَارِفَ الجِزْيَةِ وَلَا جِزْيَةَ عَلَى النِّسْوَانِ، وَلَنَا أَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِهِ الصُّلْحُ، وَالْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ وُجُوبِ مِثْلِهِ عَلَيْهَا وَالْمَصْرِفُ مَصَالِحُ المُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مَالُ بَيْتِ المَالِ وَذٰلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِالْجِزْيَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَا يُرَاعَىٰ فِيهِ شَرَائِطُهَا.

(وَيُوضَعُ عَلَىٰ مَوْلَى التَّغْلِبِيِّ الخَرَاجُ) أَيِ الجِزْيَةُ (وَخَرَاجُ الأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ مَوْلَى القُرَشِيِّ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: يُضَاعَفُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ» ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَوْلَى الهَاشِمِيِّ يَلْحَقُ بِهِ فِي حَقِّ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ، وَلَنَا أَنَّ هٰذَا تَخْفِيفٌ

قوله: وَالْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ وُجُوبِ مِثْلِهِ، أي مثل مالٍ وجب بالصلح.

قوله: لَا يُرَاعَىٰ فِيهِ شَرَائِطُهَا، أي لا يراعىٰ في المضاعفة من الزكاة شرائط الجزية من وصف الصغار، كعدم القبول من يد التائب، والإعطاء قائمًا، والقابض قاعدًا، وأخذ التلبيب والهزّ.

قوله: بِمَنْزِلَةِ مَوْلَى القُرَشِيِّ، أي لا تُؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشي وتؤخذ من معتقه، فكذلك ههنا تُؤخذ من معتق التغلبي وإن لم تؤخذ من التغلبي، وَلَنَا

وَالْمَوْلَىٰ لَا يَلْحَقُ بِالْأَصْلِ فِيهِ، وَلِهٰذَا تُوضَعُ الجِزْيَةُ عَلَىٰ مَوْلَى الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ نَصْرَانِيًّا، بِخِلَافِ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ لِأَنَّ الحُرُمَاتِ تَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ فَأُلْحِقَ المَوْلَىٰ بِالْهَاشِمِيِّ فِي حَقِّهِ، وَلَا يَلْزَمُ مَوْلَى الغَنِيِّ حَيْثُ لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ، لِأَنَّ الغَنِيَّ مِنْ أَهْلِهَا، وَإِنَّمَا الغَنِيُّ مَانِعٌ وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ المَوْلَىٰ، أَمَّا الهَاشِمِيُّ فَلَيْسَ بِأَهْلٍ لِهٰذِهِ الصِّلَةِ أَصْلًا لِأَنَّهُ صِينَ لِشَرَفِهِ وَكَرَامَتِهِ عَنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ فَأُلْحِقَ بِهِ مَوْلَاهُ.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ الإِمَامُ مِنَ الخَرَاجِ وَمِنْ أَمْوَالِ بَنِي تَغْلِبَ، وَمَا أَهْدَاهُ أَهْلُ الحَرْبِ إِلَى الإِمَامِ، وَالْجِزْيَةُ يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ كَسَدِّ الثُّغُورِ ....

أَنَّ هٰذَا تَخْفِيفٌ، أي أخذ ضعف ما يُؤخذ من المسلم تخفيفٌ لِمَا ذكرنا أنه ليسَ فيه وصف الصغار، بخلاف الجزية، والمولىٰ لا يلحق بالأصل في التخفيف، وأمَّا قوله عليه الصلاة والسلام: «مولى القوم منهم» فقلنا قد تعذَّر إجراء هذا الحديث علىٰ عمومه لانعقاد الإجماع علىٰ أنَّ مولى الهاشمي لا ينزل منزلة الهاشمي في الكفاءة، وكذلك مولى القرشي على ما ذكرنا، وإذا تعذَّر إجراؤه على العموم يجبُ تأويله علىٰ معنى التعاون والتناصر لأنه من لوازمه فإنَّ الرجلَ متىٰ كان من القوم يقوم بنصرتِهم، وأمَّا حرمان المولى الهاشميِّ عن الصدقات باعتبار الاحتِرام والاستعظام، وقد ذكرنا أنَّ الحديث مؤوَّلٌ بمعنى التناصر ففي التناصر استعظامٌ فلذلك ألحق مولى الهاشمي به في ذلك المعنى، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: لِأَنَّ الغَنِيَّ مِنْ أَهْلِهَا، أي في الجملة بأن كان عاملاً.

وَبِنَاءِ القَنَاطِرِ وَالْجُسُورِ، وَيُعْطَىٰ قُضَاةُ المُسْلِمِينَ وَعُمَّالُهُمْ وَعُلَمَاؤُهُمْ مِنْهُ مَا يَكْفِيهِمْ، وَيُدْفَعُ مِنْهُ أَرْزَاقُ المُقَاتِلَةِ وَذَرَارِيِّهِمْ) ؛ لِأَنَّهُ مَالُ بَيْتِ المَالِ فَإِنَّهُ وَصَلَ إِلَى المُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ وَهُوَ مُعَدٌّ لِمَصَالِحِ المُسْلِمِينَ وَهٰؤُلَاءِ عَمَلَتُهُمْ وَنَفَقَةُ الذَّرَارِيِّ عَلَى الآبَاءِ، فَلَوْ لَمْ يُعْطَوْا كِفَايَتَهُمْ لَاحْتَاجُوا إِلَى الِاكْتِسَابِ فَلَا يَتَفَرَّغُونَ لِلْقِتَالِ.

(وَمَنْ مَاتَ فِي نِصْفِ السَّنَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ العَطَاءِ) لِأَنَّهُ نَوْعُ صِلَةٍ وَلَيْسَ بِدَيْنٍ؛ وَلِهٰذَا سُمِّيَ عَطَاءً فَلَا يُمْلَكُ قَبْلَ القَبْضِ وَيَسْقُطُ بِالْمَوْتِ، وَأَهْلُ العَطَاءِ فِي زَمَانِنَا مِثْلُ القَاضِي وَالْمُدَرِّسِ وَالْمُفْتِي، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: القَنَاطِرِ وَالْجُسُورِ، القنطرة ما لا يرفع، والجسر ما يرفع.

قوله: وَمَنْ مَاتَ فِي نِصْفِ السَّنَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ العَطَاءِ، والعطاءُ ما يكتب للغزاة في الديوان، ولكل من قام بأمر من أمور الدين كالقاضي والمفتي والمدرِّس، وفي الابتداء كان يعطىٰ لكل من كان له ضرب مؤنة في الإسلام كأزواج النبي عليه الصلاة والسلام وأولاد المهاجرين والأنصار رضي الله عنهم، وكذا لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء لِمَا قلنا أنه صلة فلا يملك قبل القبض، كالمرأة إذا ماتت ولها نفقةٌ مفروضةٌ في ذمَّة الزوج تسقط، كذا هنا، وإنَّما وضع المسئلة في نصف السنة لأنه لو ماتَ في آخر السنة يستحب صرف ذلك العطاء إلىٰ قريبه لأنه قد أوفىٰ عناه فيستحب الصرف إلىٰ ورثته ليكون أقرب إلى الوفاء، والله تعالى أعلم بالصواب.

بَابُ أَحْكَامِ المُرْتَدِّينَ

قَالَ: (وَإِذَا ارْتَدَّ المُسْلِمُ عَنِ الإِسْلَامِ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ عُرِضَ عَلَيْهِ الإِسْلَامُ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ كُشِفَتْ عَنْهُ) لِأَنَّهُ عَسَاهُ اعْتَرَتْهُ شُبْهَةٌ فَتُزَاحُ، وَفِيهِ دَفْعُ شَرِّهِ بِأَحْسَنِ الأَمْرَيْنِ، إِلَّا أَنَّ العَرْضَ عَلَىٰ مَا قَالُوا غَيْرُ وَاجِبٍ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ بَلَغَتْهُ.

قَالَ: (وَيُحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: المُرْتَدُّ يُعْرَضُ عَلَيْهِ الإِسْلَامُ فَإِنْ أَبَىٰ قُتِلَ) وَتَأْوِيلُ الأَوَّلِ أَنَّهُ يَسْتَمْهِلُ فَيُمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الأَعْذَارِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

باب أحكام المرتدين

قوله: بِأَحْسَنِ الأَمْرَيْنِ، الإسلامُ والقتل، والإسلام أحسنهما، قال عليه الصلاة والسلام لعليٍّ رضي الله عنه: «لَأَن يهديَ الله بكَ واحدًا خير من أن تقتل ما بين المشرق والمغرب».

قوله: وَتَأْوِيلُ الأَوَّلِ أَنَّهُ يَسْتَمْهِلُ فَيُمْهَلُ، أي قوله: وَيُحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، إذا استمهلَ فيُمهل ثلاثة أيام، أمَّا إذا لم يستمهل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية، وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ: يستحبُّ للإمام أن يمهل وإن لم يطلب، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: يجب الإمهال ولا يحلُّ له القتل قبل ذلك.

قوله: لِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الأَعْذَارِ، فإن قيل: هذا نصبُ الحكم بالرأي في

وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُؤَجِّلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ طَلَبَ ذٰلِكَ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ، وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ عَلَى الإِمَامِ أَنْ يُؤَجِّلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَقْتُلَهُ قَبْلَ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ ارْتِدَادَ المُسْلِمِ يَكُونُ عَنْ شُبْهَةٍ ظَاهِرًا فَلَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ يُمْكِنُهُ التَّأَمُّلُ فَقَدَّرْنَاهَا بِالثَّلَاثَةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] مِنْ غَيْرِ قَيْدِ الإِمْهَالِ، وَكَذَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» وَلِأَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ فَيُقْتَلُ لِلْحَالِ مِنْ غَيْرِ اسْتِمْهَالٍ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الوَاجِبِ لِأَمْرٍ مَوْهُومٍ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الحُرِّ وَالْعَبْدِ لِإِطْلَاقِ الدَّلَائِلِ، وَكَيْفِيَّةُ تَوْبَتِهِ: أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الأَدْيَانِ كُلِّهَا سِوَى الإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ لَا دِينَ لَهُ، وَلَوْ تَبَرَّأَ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ كَفَاهُ لِحُصُولِ المَقْصُودِ.

قَالَ: (فَإِنْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبْلَ عَرْضِ الإِسْلَامِ عَلَيْهِ كُرِهَ، وَلَا شَيْءَ عَلَى القَاتِلِ) وَمَعْنَى الكَرَاهِيَةِ هَاهُنَا تَرْكُ المُسْتَحَبِّ وَانْتِفَاءُ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ

الموضع الذي لا مدخلَ فيه للرأي لأنه من المقادير وفيها لا يجري الرأي، قلنا: من قبيل إثبات الحكم بدلالة النصِّ لأنَّ ورود النصِّ في خيار البيع بثلاثة أيَّام وورود فيه للمعنى الجامع بينهما بعينه، لأنَّ التقدير هناك بثلاثة أيام للتأمُّل والتقدير بها هنا أيضًا للتأمُّل.

قوله: وَكَيْفِيَّةُ تَوْبَتِهِ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الأَدْيَانِ كُلِّهَا سِوَى الإِسْلَامِ، أي بعد الإتيان بكلمتي الشهادتين.

قوله: لِأَنَّ الكُفْرَ مُبِيحٌ، أي كفر المحارب.

الكُفْرَ مُبِيحٌ لِلْقَتْلِ، وَالْعَرْضُ بَعْدَ بُلُوغِ الدَّعْوَةِ غَيْرُ وَاجِبٍ.

(وَأَمَّا المُرْتَدَّةُ فَلَا تُقْتَلُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تُقْتَلُ لِمَا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّ رِدَّةَ الرَّجُلِ مُبِيحَةٌ لِلْقَتْلِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ فَتُنَاطُ بِهَا عُقُوبَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ وَرِدَّةُ المَرْأَةِ تُشَارِكُهَا فِيهَا فَتُشَارِكُهَا فِي مُوجِبِهَا، وَلَنَا «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ» ، وَلِأَنَّ الأَصْلَ تَأْخِيرُ الأَجْزِيَةِ إِلَىٰ دَارِ الآخِرَةِ إِذْ تَعْجِيلُهَا يُخِلُّ بِمَعْنَى الِابْتِلَاءِ، وَإِنَّمَا عُدِلَ عَنْهُ دَفْعًا لِشَرٍّ نَاجِزٍ وَهُوَ الحِرَابُ، وَلَا يَتَوَجَّهُ ذٰلِكَ مِنَ النِّسَاءِ؛

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تُقْتَلُ لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من بدل دينه فاقتلوه» كلمة «من» تعمُّ الرجال والنساء كقوله تعالىٰ: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] وبه تبيَّن أنَّ الموجب للقتل تبديل الدين، لأنَّ مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقَّق تبديل الدين منها والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم، ولأنَّ ردَّة الرجل تبيح القتل لتغلُّظ الجناية إذ الإنكار بعد الإقرار أغْلَظُ من الإصرار في الابتداء على الإنكار، وردَّتُها تشاركها فيه فتشاركها في موجبها كالزنا مع الإحصان، ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نَهىٰ عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدَّة والكافرة الأصلية، ولأنَّ تبديل الدين جنايةٌ عظيمةٌ ولكنها بين العبد وربه فالجزاء عليها مؤخَّر إلىٰ دار الآخرة لأنَّ الأصل في الأجزية تأخيرها إلىٰ دار الجزاء إذ تعجيله يخلُّ بمعنى الابتلاء، وما عجل في الدنيا صيانةً شُرِعت لمصالحِ تعود إلينا، كالقصاص وحدِّ القذف والزنا والسرقة والشرب لصيانة النفوس والأعراض والأنساب والأموال والعقول، وإنَّما عدل عنه في الرجل لدفع شرِّ ناجزٍ وهو الحراب وهو معدوم في المرأة إذ بنيتها لا تصلح للحراب فلا تقتل في الكفر الأصليِّ والطارئ.

لِعَدَمِ صَلَاحِيَّةِ البِنْيَـةِ، بِخِلَافِ الرِّجَالِ فَصَارَتِ المُرْتَدَّةُ كَالْأَصْلِيَّةِ.

قَالَ: (وَلٰكِنْ تُحْبَسُ حَتَّىٰ تُسْلِمَ) ؛ لِأَنَّهَا امْتَنَعَتْ عَنْ إِيفَاءِ حَقِّ اللهِ تَعَالَىٰ بَعْدَ الإِقْرَارِ فَتُجْبَرُ عَلَىٰ إِيفَائِهِ بِالْحَبْسِ كَمَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَتُجْبَرُ المَرْأَةُ عَلَى الإِسْلَامِ حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً، وَالْأَمَةُ يُجْبِرُهَا مَوْلَاهَا) أَمَّا الجَبْرُ فَلِمَا ذَكَرْنَا، وَمِنَ المَوْلَىٰ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الجَمْعِ بَيْنَ الحَقَّيْنِ، وَيُرْوَىٰ تُضْرَبُ فِي كُلِّ أَيَّامٍ مُبَالَغَةً فِي الحَمْلِ عَلَى الإِسْلَامِ.

قَالَ: (وَيَزُولُ مِلْكُ المُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالًا مُرَاعًى، فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ عَلَىٰ حَالِهَا، قَالُوا: هٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَزُولُ مِلْكُهُ) ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ، فَإِلَىٰ أَنْ يُقْتَلَ يَبْقَىٰ مِلْكُهُ

قوله: فَتُجْبَرُ عَلَىٰ إِيفَائِهِ بِالْحَبْسِ، لأنه شُرِع علىٰ منع الحقوق مع القدرة على الأداء كما في حقوق العباد.

قوله: فَلِمَا ذَكَرْنَا، أي لأنَّها امتنعت من إيفاء حق الله تعالىٰ بعد الإقرار.

قوله: وَيَزُولُ مِلْكُ المُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالًا مُرَاعًى، أي محفوظًا وموقوفًا زواله إلا أن يتبيَّن حاله لأنَّ ردَّته توجب زوال ملكه علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ثم لو أسْلَم فالمال ماله على ما كان، وإن ماتَ أو قتل يكمل السبب المزيل لملكه وقت الموت مستندًا إلىٰ أوَّل السبب وهو الردَّة، كما في البيع بشرط الخيار فإنه إذا أجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحقُّ المشتري المبيع بزوائده المتَّصلة والمنفصلة جميعًا،

كَالْمَحْكُومِ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ، وَلَهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا حَتَّىٰ يُقْتَلَ، وَلَا قَتْلَ إِلَّا بِالْحِرَابِ، وَهٰذَا يُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ، غَيْرَ أَنَّهُ مَدْعُوٌّ إِلَى الإِسْلَامِ بِالْإِجْبَارِ عَلَيْهِ وَيُرْجَىٰ عَوْدُهُ إِلَيْهِ فَتَوَقَّفْنَا فِي أَمْرِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ جُعِلَ العَارِضُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ فِي حَقِّ هٰذَا الحُكْمِ وَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا وَلَمْ يَعْمَلِ السَّبَبُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ وَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ اسْتَقَرَّ كُفْرُهُ فَيَعْمَلُ السَّبَبُ عَمَلَهُ وَزَالَ مِلْكُهُ.

قَالَ: (وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ انْتَقَلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي إِسْلَامِهِ إِلَىٰ وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ، وَكَانَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيْئًا) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: كِلَاهُمَا لِوَرَثَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: كِلَاهُمَا فَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا وَالْمُسْلِمُ لَا يَرِثُ الكَافِرَ، ثُمَّ هُوَ مَالُ حَرْبِيٍّ لَا أَمَانَ لَهُ فَيَكُونُ فَيْئًا، وَلَهُمَا أَنَّ

فعلىٰ هذا الطريق التوريث فيه توريث المسلم من المسلم، فإن قيل: زوال ملكه إمَّا أن يكون قبل الردَّة أو معها أو بعدها والحكم لا يسبق السبب ولا يقترن به بل يعقبه وبعد الردة هو كافرٌ، قلنا: نعم المزيل للملك ردَّته كما أنَّ المزيل للملك موت المسلم، ثم الموت يزيل الملك عن الحيِّ لا عن الميت فكذلك الردَّة تزيل الملك عن المسلم، وكما أنَّ الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل عصمة نفسه، وإنَّما تزيل العصمة عن معصوم لا عن غير معصوم، فيتحقَّق بهذا الطريق توريث المسلم من المسلم.

قوله: ثُمَّ هُوَ مَالُ حَرْبِيٍّ لَا أَمَانَ لَهُ فَيَكُونُ فَيْئًا، فيوضع في بيت المال ليكون

مِلْكَهُ فِي الكَسْبَيْنِ بَعْدَ الرِّدَّةِ بَاقٍ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ فَيَنْتَقِلُ بِمَوْتِهِ إِلَىٰ وَرَثَتِهِ وَيَسْتَنِدُ إِلَىٰ مَا قُبَيْلَ رِدَّتِهِ إِذِ الرِّدَّةُ سَبَبُ المَوْتِ فَيَكُونُ تَوْرِيثَ المُسْلِمِ مِنَ المُسْلِمِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُمْكِنُ الِاسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الإِسْلَامِ لِوُجُودِهِ قَبْلَ الرِّدَّةِ، وَلَا يُمْكِنُ الِاسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الرِّدَّةِ لِعَدَمِهِ قَبْلَهَا وَمِنْ شَرْطِهِ وُجُودُهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ حَالَةَ الرِّدَّةِ وَبَقِيَ وَارِثًا إِلَىٰ وَقْتِ مَوْتِهِ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ اعْتِبَارًا لِلِاسْتِنَادِ، وَعَنْهُ أَنَّهُ يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ عِنْدَ الرِّدَّةِ، وَلَا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ بِمَوْتِهِ بَلْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ؛ لِأَنَّ الرِّدَّةَ بِمَنْزِلَةِ المَوْتِ، وَعَنْهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ وُجُودُ الوَارِثِ عِنْدَ المَوْتِ لِأَنَّ الحَادِثَ بَعْدَ انْعِقَادِ السَّبَبِ قَبْلَ تَمَامِهِ كَالْحَادِثِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ بِمَنْزِلَةِ الوَلَدِ الحَادِثِ مِنَ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ، وَتَرِثُهُ امْرَأَتُهُ المُسْلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ وَهِيَ

للمسلمين باعتبار أنه مال ضائعٌ، قلنا المسلمون تستحقون ذلك بالإسلام وورثته شاركوا المسلمين في الإسلام ويرجَّحوا عليهم بالقرابة لأنَّ ذا السببين مقدَّم على ذي سببٍ واحد فكان الصرف إليهم أوْلىٰ.

قوله: عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ، وكونه مكلفًا يشعر بكمال الأهلية وكمال الأهلية لا يقتضي زوال الملك بل يقتضي تقرره فصار هذا الملك كالمحكوم برحمه حيث لا يزول ملكه هناك.

قوله: وَبَقِيَ وَارِثًا إِلَىٰ وَقْتِ مَوْتِهِ، حتى لو أسْلَمَ بعض قرائبه بعد ردَّته أو ولد له من علوقٍ حادثٍ بعد ردَّته لا يرثه علىٰ هذه الرواية.

فِي العِدَّةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا، وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا وَقْتَ الرِّدَّةِ، وَالْمُرْتَدَّةُ كَسْبُهَا لِوَرَثَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا حِرَابَ مِنْهَا فَلَمْ يُوجَدْ سَبَبُ الفَيْءِ، بِخِلَافِ المُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - وَيَرِثُهَا زَوْجُهَا المُسْلِمُ إِنِ ارْتَدَّتْ وَهِيَ مَرِيضَةٌ لِقَصْدِهَا إِبْطَالَ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً لَا يَرِثُهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِمَالِهَا بِالرِّدَّةِ، بِخِلَافِ المُرْتَدِّ.

قَالَ: (وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحَكَمَ الحَاكِمُ بِلَحَاقِهِ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَحَلَّتِ الدُّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ وَنُقِلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ إِلَىٰ وَرَثَتِهِ مِنَ المُسْلِمِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَبْقَىٰ مَالُهُ مَوْقُوفًا كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ غَيْبَةٍ فَأَشْبَهَ الغَيْبَةَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وَلَنَا أَنَّهُ بِاللَّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَهُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الإِسْلَامِ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ الإِلْزَامِ كَمَا هِيَ مُنْقَطِعَةٌ عَنِ المَوْتَىٰ فَصَارَ كَالْمَوْتِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ لَحَاقُهُ إِلَّا بِقَضَاءِ القَاضِي لِاحْتِمَالِ العَوْدِ إِلَيْنَا فَلَا

قوله: لِأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا، فإن قيل: بمجرَّد الردة تقع الفرقة فكيف يصير فارًا وهو صحيح البدن؟ قلنا: لأنَّ الردة سبب الموت وحقُّ الوارث يتعلق بمال الموروث بأوَّل سبب الموت كما في المرض فيثبت التعلق بأوَّل أجزاء الردة ثم البينونة بعد تمامها وهو في إتمام الردة مختار فيتحقَّق منه الإبانة في حال ما تعلق حقُّها بماله فيصير فارًّا، وهذا بخلاف ارتداد المرأة في صحتها لأنَّ ارتدادها لم يكن سببًا للموت إذ هي لا تقتل بالردَّة والمرتدة أكسابُها لورثتها المسلمين لأنه لا حِراب منها فلم يصر مالها فيئًا بل بقىٰ على ملكها وأحقُّ الناس بملكها ورثتها.

بُدَّ مِنَ القَضَاءِ، وَإِذَا تَقَرَّرَ مَوْتُهُ ثَبَتَتِ الأَحْكَامُ المُتَعَلِّقَةُ بِهِ وَهِيَ مَا ذَكَرْنَاهَا كَمَا فِي المَوْتِ الحَقِيقِيِّ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا عِنْدَ لَحَاقِهِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّ اللَّحَاقَ هُوَ السَّبَبُ وَالْقَضَاءُ لِتَقَرُّرِهِ بِقَطْعِ الِاحْتِمَالِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: وَقْتَ القَضَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَوْتًا بِالْقَضَاءِ، وَالْمُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَتْ بِدَارِ الحَرْبِ فَهِيَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ.

(وَتُقْضَى الدُّيُونُ الَّتِي لَزِمَتْهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ، وَمَا لَزِمَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ مِنَ الدُّيُونِ يُقْضَىٰ مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: هٰذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعَنْهُ أَنَّهُ يُبْدَأُ بِكَسْبِ الإِسْلَامِ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِذٰلِكَ يُقْضَىٰ مِنْ كَسْبِ الرِّدَّةِ وَعَنْهُ عَلَىٰ عَكْسِهِ، وَجْهُ الأَوَّلِ: أَنَّ المُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ مُخْتَلِفٌ، وَحُصُولُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الكَسْبَيْنِ بِاعْتِبَارِ السَّبَبِ الَّذِي وَجَبَ بِهِ الدَّيْنُ فَيُقْضَىٰ كُلُّ دَيْنٍ مِنَ الكَسْبِ المُكْتَسَبِ فِي تِلْكَ الحَالَةِ لِيَكُونَ الغُرْمُ بِالْغُنْمِ، وَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ كَسْبَ الإِسْلَامِ مِلْكُهُ حَتَّىٰ يَخْلُفَهُ الوَارِثُ فِيهِ، وَمِنْ شَرْطِ هٰذِهِ الخِلَافَةِ الفَرَاغُ عَنْ حَقِّ المُوَرِّثِ فَيُقَدَّمُ بِالدَّيْنِ عَلَيْهِ، أَمَّا كَسْبُ الرِّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ؛ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ المِلْكِ بِالرِّدَّةِ عِنْدَهُ فَلَا يُقْضَىٰ دَيْنُهُ مِنْهُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِنْ مَحِلٍّ آخَرَ فَحِينَئِذٍ يُقْضَىٰ مِنْهُ، كَالذِّمِّيِّ إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ يَكُونُ مَالُهُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُقْضَىٰ

مِنْهُ كَذٰلِكَ هَاهُنَا، وَجْهُ الثَّالِثِ أَنَّ كَسْبَ الإِسْلَامِ حَقُّ الوَرَثَةِ وَكَسْبَ الرِّدَّةِ خَالِصُ حقِّهِ، فَكَانَ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ أَوْلَىٰ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ بِأَنْ لَمْ يَفِ بِهِ فَحِينَئِذٍ يُقْضَىٰ مِنْ كَسْبِ الإِسْلَامِ تَقْدِيمًا لِحَقِّهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: تُقْضَىٰ دُيُونُهُ مِنَ الكَسْبَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِلْكُهُ حَتَّىٰ يَجْرِيَ الإِرْثُ فِيهِمَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ: (وَمَا بَاعَهُ أَوِ اشْتَرَاهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ وَهَبَهُ أَوْ رَهَنَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ مِنْ أَمْوَالِهِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَهُوَ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَسْلَمَ صَحَّتْ عُقُودُهُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتْ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي الوَجْهَيْنِ.

اعْلَمْ أَنَّ تَصَرُّفَاتِ المُرْتَدِّ عَلَىٰ أَقْسَامٍ: ....

قوله: وَكَسْبَ الرِّدَّةِ خَالِصُ حَقِّهِ، فإن قيل: هذا يناقض قوله قبل هذا: أَمَّا كَسْبُ الرِّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ؟ قلنا: لا يلزم من كونه خالص حقه أن يكون ملكًا له كأكساب المكاتب تكون خالصةً له وهي ملك المولىٰ فيكون معنى قوله: خَالِصُ حَقِّهِ، أي لا يتعلّق به حقُّ الورثة، وأقصىٰ ما في الباب أن يكون ذلك فيئًا علىٰ تقدير موته على الردّة، وكونه فيئًا لا يخرجه من أن يكون حقه باقيًا فيه حتى تقضى ديونه منه، كالذمي إذا مات ولا وارثَ له يكون ماله لجماعة المسلمين وتقضىٰ ديونه منه.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي الوَجْهَيْنِ، أحدهما الإسلام والثاني أحد الأوجه الثلاثة من الموت والقتل واللحوق.

نَافِذٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالِاسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَىٰ حَقِيقَةِ المِلْكِ وَتَمَامِ الوِلَايَةِ، وَبَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالنِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ المِلَّةَ

قوله: نَافِذٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالِاسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَىٰ حَقِيقَةِ المِلْكِ، حتَّىٰ إذا جاءت جاريته بولد فادَّعىٰ نسبه يثبت نسبه منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الأمة أمّ ولده لأنَّ حقه في ماله أقوىٰ من حق الأب في جارية ولده وذا يكفي لصحَّة الاستيلاد فهذا أحقُّ، والطلاقُ لا يفتقر إلىٰ تمام الولاية فقد صحَّ طلاق العبد مع قصور ولايته، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: وصورته إذا ارتدَّا معًا، وأشار في الأسرار إلىٰ أنَّ ردَّة أحد الزوجين سببٌ موجبٌ للفرقة علىٰ سبيل المنافاة حكمًا لا وضعًا، بدليل أنَّ الردَّة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعًا ووضعًا، وكذلك يصحُّ في غير النكاح ولأنَّ الفرقة عقيب الردَّة بلا فصلٍ واقعةٌ بالإجماع في غير المدخول بِها فثبتَ أنَّها واقعةٌ لِمنافاة بينهما حكمًا إذا لا ثالث ههنا، وإذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لانعدام تأبيد الحرمة فكانت المرتدَّة في العدة محلًّا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم فجعلناه فسخًا عملاً بالشبهين، بخلاف الحرمة الثابتة بالمحرمية لأنَّها مؤبدة فكانت منافيةً للنكاح من كل وجهٍ فلم يبق محلًّا للطلاق لانعدام فائدة أثر الطلاق، وذكر في المحيط: وكل فرقةٍ توجب التحريم مؤبدًا فإنَّ الطلاق لا يلحق المرأة لأنه لا يظهر له أثرٌ، وإذا ارتدَّ الرجل ولَحِقَ بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لأنَّ تباين الدارين منافٍ للنكاح فكان منافيًا للطلاق الذي هو من أحكام النكاح، فإن عاد إلىٰ دار الإسلام وهيَ في العدَّة وقع عليها الطلاق لأنَّ المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة قائمةٌ فيقع الطلاق، ومن هذا القسم الهبة وتسليم الشفعة والحجر علىٰ عبده المأذون.

قوله: وَبَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالنِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ المِلَّةَ وَلَا مِلَّةَ لَهُ، وذكر في النهاية: فإن قيل: أيُّ شيءٍ تعني بالملة؟ إن عنيت بِها ملَّة الإسلام ينقضُ بصحة نكاح

وَلَا مِلَّةَ لَهُ، وَمَوْقُوفٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالْمُفَاوَضَةِ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَمِدُ الْمُسَاوَاةَ وَلَا مُسَاوَاةَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْمُرْتَدِّ مَا لَمْ يُسْلِمْ، وَمُخْتَلَفٌ فِي تَوَقُّفِهِ

أهل الكتاب، وإن عنيت بِها الملَّة السماوية ينقضُ بصحة نكاح المجوس وأهل الشرك فيما بينهم إذ ليست لهم ملة سماوية أصلاً لا مقروءةً ولا محرفةً ومع ذلك نكاحهم محكوم بالصحة، والدليل علىٰ صحة نكاحهم وجوب الحكم علىٰ قاضي أهل الإسلام بالنفقة والسكنىٰ وجريان التوارث بين الزوجين، ولأنَّهم لو أسْلَموا علىٰ نكاحهم ذلك يقرُّون عليه إذا لم يكن النكاح في ذات رحمٍ محرم منهم، وقال عليه الصلاة والسلام: «ولدت من نكاحٍ لا من سفاحٍ»؟ قلنا: قال الإمام ظهير الدين رحمه الله تعالىٰ في الفوائد: وقد راجعتُ الفحول في هذا فلم أجد لديهم ما يجدي نفعًا، وكنتُ في ذلك متأمِّلاً حتى هَجَسَ في فؤادي والتاطَ في صدري أنَّ المعنى من تلك الملة هي الملة التي يتديَّنون بذلك النكاح ويقرُّون على ذلك، لأنَّ عند ذلك يحصل ما هو الغرضُ من النكاح وهو التوالد والتناسل وتنتظم مصالح النكاح، وإذا كان كذلك فالمرتد والمرتدَّة ليسا على تلك الملة فلا يصحُّ نكاحهما ١ وذلك لأنَّ المرتد يستتاب بالسيف والمرتدَّة تستتاب بالحبس فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح، فلمَّا لم يحصل بِها هذا الغرض لا تكون لهما ملَّةٌ يتديَّنون بِها التوارث فلا يصحُّ نكاحهما، فالحاصل أنَّ حِلَّ الذبيحة يقتضي ملَّةً يتلقَّى من الكتاب وصحَّة النكاح تقتضي ملَّـةً لو مات عليها يرثه من كان عليها بذلك النكاح، فلذا جاز نكاح المجوسيِّ ونكاح سائر المشركين لأنَّهم دانوا دينًا لو مات من عليه يرثه من كان عليه ويقرون على ذلك الدين فحينئذٍ تنتظم مصالح النكاح فيصحُّ نكاحهم، بخلاف المرتدِّ والمرتدَّة على ما قلنا فلا يصحُّ نكاحهما.

قوله: وَمَوْقُوفٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالْمُفَاوَضَةِ، فإن أسْلَم نفذت المفاوضة، وإن مات أو قتل أو قضي بلحاقه بطلت المفاوضة اتفاقًا، ولكن يظهر أنَّها كانت عنانًا عندهما، وعند

وَهُوَ مَا عَدَدْنَاهُ، لَهُمَا أَنَّ الصِّحَّةَ تَعْتَمِدُ الأَهْلِيَّةَ وَالنَّفَاذَ يَعْتَمِدُ المِلْكَ، وَلَا خَفَاءَ فِي وُجُودِ الأَهْلِيَّةِ لِكَوْنِهِ مُخَاطَبًا، وَكَذَا المِلْكُ لِقِيَامِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلِهٰذَا لَوْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ الرِّدَّةِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنِ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ يَرِثُهُ، وَلَوْ مَاتَ وَلَدُهُ بَعْدَ الرِّدَّةِ قَبْلَ المَوْتِ لَا يَرِثُهُ فَتَصِحُّ تَصَرُّفَاتُهُ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَوْدُهُ إِلَى الإِسْلَامِ، إِذِ الشُّبْهَةُ تُزَاحُ فَلَا يُقْتَلُ وَصَارَ كَالْمُرْتَدَّةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ المَرِيضِ؛ لِأَنَّ مَنِ انْتَحَلَ إِلَىٰ نِحْلَةٍ لَا سِيَّمَا مُعْرِضًا عَمَّا نَشَأَ عَلَيْهِ قَلَّمَا يَتْرُكُهُ فَيُفْضِي إِلَى القَتْلِ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ المُرْتَدَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ

أبي حنيفة رحمه الله تعالى تبطل أصلاً لأنَّ في العنان وكالة وهي موقوفة.

قوله: عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وهو قوله: لأنه مكلف محتاج آهـ.

قوله: وَلِهٰذَا لَوْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ الرِّدَّةِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنِ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ يَرِثُهُ، وهذا الإيضاح أنَّ الملك للمرتدِّ باقٍ، وإنما قيَّد بقوله: مِنِ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ، لأنَّ الأم إذا كانت نصرانيةً كان الولد مرتدًا تبعًا لأبيه لأنه أقرَب إلى الإسلام من النصرانية لأنه يجبَر على الإسلام بخلاف النصرانية، والمرتدُّ لا يرث أحدًا لأنه لا ملَّة له ولا ولاية لأنَّها كرامة وهو مهان والإرث من باب الولاية، وإن كانت مسلمةً فالولد مسلم تبعًا لها والمسلم يرث من المرتد، ولو مات ولده بعد الردَّة قبل الموت لا يرثه هذا أيضًا لإيضاح أنَّ الردَّة ليست كالموت من كل وجهٍ وأهلية المرتدِّ للملك باقيةٌ.

تَحْتَ أَيْدِينَا عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ فِي تَوَقُّفِ المِلْكِ وَتَوَقُّفُ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَصَارَ كَالْحَرْبِيِّ يَدْخُلُ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ فَيُؤْخَذُ وَيُقْهَرُ وَتَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ؛ لِتَوَقُّفِ حَالِهِ، فَكَذَا المُرْتَدُّ، وَاسْتِحْقَاقُهُ القَتْلَ لِبُطْلَانِ سَبَبِ العِصْمَةِ فِي الفَصْلَيْنِ فَأَوْجَبَ خَلَلًا فِي الأَهْلِيَّةِ، بِخِلَافِ الزَّانِي وَقَاتِلِ العَمْدِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ فِي ذٰلِكَ جَزَاءٌ عَلَى الجِنَايَةِ، وَبِخِلَافِ المَرْأَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ حَرْبِيَّةً؛ وَلِهٰذَا لَا تُقْتَلُ.

(فَإِنْ عَادَ المُرْتَدُّ بَعْدَ الحُكْمِ بِلَحَاقِهِ بِدَارِ الحَرْبِ إِلَىٰ دَارِ الإِسْلَامِ

قوله: وَصَارَ كَالْحَرْبِيِّ يَدْخُلُ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ، إلىٰ قوله: وَتَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ؛ لِتَوَقُّفِ حَالِهِ، لأنَّ هناك يتوقف حال الحربيِّ بين الاسترقاق والقتل والمنِّ وههنا بين القتل والإسلام، ثم هناك إن استَرق أو قتل بطل فإن ترك نفذ فكذلك هنا، توضيحه أنَّ المرتد هالك حكمًا والهلاك الحقيقيُّ ينافي مالكية المال ولا ينافي توقُّف المال على حقه كالتَّركة المستغرقة بالدَّين فكذلك الهلاك الحكمي، وإذا توقَّف الملك توقَّف ما يبتنىٰ عليه من التصرفات كما في الحربي الذي ذكرنا، بخلاف المقضى عليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزل ما به عصمة المال والنفس وهو الإسلام، وإنَّما استحقَّ نفسه بما هو من حقوق تلك العصمة في حقِّ وليِّ القصاص، حتى لو قتله غير وليِّ القصاص بغير إذنه يقتل القاتل فيبقىٰ مالكًا حقيقةً لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا ما به كانت العصمة في حقِّ النفس في حقِّ الكل فكذلك في حقِّ المال لأنه تابعٌ للنفس في العصمة، ولأنَّ تأثير الردَّة في نفي المالكية فوق تأثير الرقِّ فإنَّ الرقَّ ينافي مالكية المال ولا ينافي مالكية النكاح والردَّة ينافيهما، فلمَّا لم يعتبَر تصرف الرقيق باعتبار مالكية المال فهٰهنا أوْلَىٰ.

قوله: فِي الفَصْلَيْنِ، أي في فصل الحربيِّ والمرتدِّ.

مُسْلِمًا فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مَالِهِ بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ) ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِيهِ لِاسْتِغْنَائِهِ، وَإِذَا عَادَ مُسْلِمًا احْتَاجَ إِلَيْهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَزَالَهُ الْوَارِثُ عَنْ مِلْكِهِ، وَبِخِلَافِ أُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ قَدْ صَحَّ بِدَلِيلٍ مُصَحِّحٍ فَلَا يُنْقَضُ، وَلَوْ جَاءَ مُسْلِمًا قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ الْقَاضِي بِذٰلِكَ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا لِمَا ذَكَرْنَا.

(وَإِذَا وَطِئَ الْمُرْتَدُّ جَارِيَةً نَصْرَانِيَّةً كَانَتْ لَهُ فِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ ارْتَدَّ فَادَّعَاهُ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَالْوَلَدُ حُرٌّ وَهُوَ ابْنُهُ وَلَا يَرِثُهُ، وَإِنْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ مُسْلِمَةً وَرِثَهُ الِابْنُ إِنْ مَاتَ عَلَى الرِّدَّةِ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ) أَمَّا صِحَّةُ الِاسْتِيلَادِ فَلِمَا

قوله: لِأَنَّ الْقَضَاءَ قَدْ صَحَّ، لأنَّ القاضي قضىٰ بعتقهنَّ عن ولايةٍ، لأنه لو كان في دار الإسلام كان له أن يميته حقيقةً، فإذا خرج عن ولايته كان له أن يميته حكمًا، فإذا قضىٰ عن ولايةٍ ينفذ قضاؤه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض.

قوله: بِدَلِيلٍ مُصَحِّحٍ، وهو قضاء القاضي بلِحَاقه.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلىٰ قوله: إلا أنه لا يستقرُّ لحاقه إلا بقضاء القاضيْ.

قوله: فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وكذا الحكم في ستة أشهر، وفائدة التقييد به أنَّها إذا جاءت به لأقلَّ من ستة أشهر فالولد يرث من أبيه المرتد وإن كانت أمُّه نصرانية لأنا تيقَّنا حينئذٍ بوجوده في البطن قبل الردَّة فيكون مسلمًا تبعًا للأب، وأمَّا إذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردَّة لا يتيقَّن بعلوق الولد قبل الردَّة فلا يجعل الولد مسلمًا بإسلام الأب قبل الردَّة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله تعالى.

قُلْنَا، وَأَمَّا الإِرْثُ فَلِأَنَّ الأُمَّ إِذَا كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً وَالْوَلَدُ تَبَعٌ لَهُ لِقُرْبِهِ إِلَى الإِسْلَامِ لِلْجَبْرِ عَلَيْهِ فَصَارَ فِي حُكْمِ الْمُرْتَدِّ وَالْمُرْتَدُّ لَا يَرِثُ الْمُرْتَدَّ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُسْلِمَةً فَالْوَلَدُ مُسْلِمٌ تَبَعًا لَهَا؛ لِأَنَّهَا خَيْرُهُمَا دِينًا وَالْمُسْلِمُ يَرِثُ الْمُرْتَدَّ.

(وَإِذَا لَحِقَ الْمُرْتَدُّ بِمَالِهِ بِدَارِ الحَرْبِ ثُمَّ ظُهِرَ عَلَىٰ ذٰلِكَ المَالِ فَهُوَ فَيْءٌ، فَإِنْ لَحِقَ ثُمَّ رَجَعَ وَأَخَذَ مَالًا وَأَلْحَقَهُ بِدَارِ الحَرْبِ فَظُهِرَ عَلَىٰ

قوله: فَلِمَا قُلْنَا، إشارة إلى قوله: لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك.

قوله: وَالْوَلَدُ تَبَعٌ لَهُ لِقُرْبِهِ إِلَى الإِسْلَامِ، فإن قيل: لِمَ لا يجعل مسلمًا باعتبار دار الإسلام كاللقيط؟ قلنا: لأنَّ تبعية الدار عند عدم الأبوين، فأمَّا عند وجودهما فلا يثبت ابتداء الإسلام للولد باعتبار الدار، كالصغير إذا سبي ومعه أحد أبويه، فإن قيل: يشكل على هذا الولد المولود بين المسلمين إذا ارتدَّ أبواه فإنه يبقى الولد مسلمًا ما دام في دار الإسلام باعتبار الدار، فعلم بِهذا أنَّ تبعية الدار معتبَرة عند الأبوين أيضًا، قلنا: إنَّما كان كذلك لأن هناك قد ثبت للولد حكمَ الإسلام قبل ارتداد أبويه باعتبار تبعيتهما فيبقىٰ على ما كان باعتبار بقائه في دار الإسلام، بخلاف ما نحن فيه فإنه لم يكن لهذا الولد حكم الإسلام فلا يثبت ابتداء الإسلام باعتبار الدار إذا كان في يد أبوين كافرين، وفي الفوائد الظهيرية بعد ذكر ورثة الولد فيما إذا كانت أمُّه مسلمةً: وما قال في الكتاب أنَّ الإرث يستند إلىٰ حالة الإسلام ليكون فيه توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردَّة يضعف بِهذه المسئلة لأنَّ الولد هنا لم يكن موجودًا حال الإسلام ومع هذا يرث، فعلم بِهذا أنَّ الصحيح هو ما رواه محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنه يرثه من كان وارثًا عند موته سواء كان موجودًا وقت الردَّة أو حدث بعد ذلك.

ذٰلِكَ المَالِ فَوَجَدَتْهُ الوَرَثَةُ قَبْلَ القِسْمَةِ رُدَّ عَلَيْهِمْ) ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ مَالٌ لَمْ يَجْرِ فِيهِ الإِرْثُ، وَالثَّانِيَ انْتَقَلَ إِلَى الوَرَثَةِ بِقَضَاءِ القَاضِي بِلَحَاقِهِ فَكَانَ الوَارِثُ مَالِكًا قَدِيمًا.

(وَإِذَا لَحِقَ المُرْتَدُّ بِدَارِ الحَرْبِ وَلَهُ عَبْدٌ فَقُضِيَ بِهِ لِابْنِهِ وَكَاتَبَهُ الِابْنُ ثُمَّ جَاءَ المُرْتَدُّ مُسْلِمًا فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَالْمُكَاتَبَةُ وَالْوَلَاءُ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ) ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَىٰ بُطْلَانِ الكِتَابَةِ لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنَفِّذٍ، فَجَعَلْنَا الوَارِثَ الَّذِي هُوَ خَلَفُهُ كَالْوَكِيلِ مِنْ جِهَتِهِ، وَحُقُوقُ العَقْدِ فِيهِ تَرْجِعُ إِلَى المُوَكِّلِ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ يَقَعُ العِتْقُ عَنْهُ.

(وَإِذَا قَتَلَ المُرْتَدُّ رَجُلًا خَطَأً ثُمَّ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ أَوْ قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ فَالدِّيَةُ فِي مَالِ اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ خَاصَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ

قوله: وَالثَّانِيَ انْتَقَلَ إِلَى الوَرَثَةِ بِقَضَاءِ القَاضِي، هذا إذا رجع بعد قضاء القاضي بماله لورثته، فأمَّا قبل القضاء فكذلك في روايةٍ، وفي روايةٍ يكون فيئًا لأنَّ بمجرَّد اللحوق لا يصير المال ملكًا للورثة، وجه الأول أنَّ القضاء شرط ليترجَّح جانب عدم الرجوع إلى دارنا فتقرَّر موته، ولمَّا خرج إلينا مغيرًا ورجع بماله ظَهَر أنه لا يريد العود إلىٰ دارنا فتقرَّر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت فإنَّما أخذ المرتد مال الورثة فلهذا يرد عليهم.

قوله: وَالْمُكَاتَبَةُ، أي بدل الكتابة.

قوله: لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنَفِّذٍ، لصدورها من الابن حال ولايته.

اللهُ، وَقَالَا: الدِّيَةُ فِيمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالَةِ الإِسْلَامِ وَالرِّدَّةِ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ المُرْتَدَّ؛ لِانْعِدَامِ النُّصْرَةِ فَتَكُونُ فِي مَالِهِ، وَعِنْدَهُمَا الكَسْبَانِ جَمِيعًا مَالُهُ؛ لِنُفُوذِ تَصَرُّفَاتِهِ فِي الحَالَيْنِ، وَلِهٰذَا يَجْرِي الإِرْثُ فِيهِمَا عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ مَالُهُ المُكْتَسَبُ فِي الإِسْلَامِ؛ لِنَفَاذِ تَصَرُّفِهِ فِيهِ دُونَ المَكْسُوبِ فِي الرِّدَّةِ؛ لِتَوَقُّفِ تَصَرُّفِهِ، وَلِهٰذَا كَانَ الأَوَّلُ مِيرَاثًا عَنْهُ، وَالثَّانِي فَيْئًا عِنْدَهُ.

(وَإِذَا قُطِعَتْ يَدُ المُسْلِمِ عَمْدًا فَارْتَدَّ وَالعِيَاذُ بِاللهِ ثُمَّ مَاتَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ مِنْ ذٰلِكَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ مُسْلِمًا فَمَاتَ مِنْ ذٰلِكَ فَعَلَى القَاطِعِ نِصْفُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ لِلْوَرَثَةِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ السِّرَايَةَ حَلَّتْ مَحَلًّا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَأُهْدِرَتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ المُرْتَدِّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ مِنْ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ الإِهْدَارَ لَا يَلْحَقُهُ الِاعْتِبَارُ، أَمَّا المُعْتَبَرُ قَدْ يُهْدَرُ بِالْإِبْرَاءِ فَكَذَا بِالرِّدَّةِ، وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا لَحِقَ وَمَعْنَاهُ إِذَا قُضِيَ بِلَحَاقِهِ فَلِأَنَّهُ صَارَ مَيِّتًا تَقْدِيرًا، وَالْمَوْتُ يَقْطَعُ السِّرَايَةَ، وَإِسْلَامُهُ حَيَاةٌ حَادِثَةٌ فِي التَّقْدِيرِ فَلَا يَعُودُ حُكْمُ الجِنَايَةِ الأُولَىٰ، فَإِذَا لَمْ يَقْضِ القَاضِي بِلَحَاقِهِ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ الَّذِي نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ وَأَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ كَامِلَةً) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ رَحِمَهُمَا اللهُ:

فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ اعْتِرَاضَ الرِّدَّةِ أَهْدَرَ السِّرَايَةَ فَلَا يَنْقَلِبُ بِالْإِسْلَامِ إِلَى الضَّمَانِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدَ مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ، وَلَهُمَا أَنَّ الجِنَايَةَ وَرَدَتْ عَلَىٰ مَحَلٍّ مَعْصُومٍ وَتَمَّتْ فِيهِ فَيَجِبُ ضَمَانُ النَّفْسِ، كَمَا إِذَا لَمْ تَتَخَلَّلِ الرِّدَّةُ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِقِيَامِ العِصْمَةِ فِي حَالِ بَقَاءِ الجِنَايَةِ، وَإِنَّمَا المُعْتَبَرُ قِيَامُهَا فِي حَالِ انْعِقَادِ السَّبَبِ وَفِي حَالِ ثُبُوتِ الحُكْمِ، وَحَالَةُ البَقَاءِ بِمَعْزِلٍ مِنْ ذٰلِكَ كُلِّهِ، وَصَارَ كَقِيَامِ المِلْكِ فِي حَالِ بَقَاءِ اليَمِينِ.

قوله: لِأَنَّ اعْتِرَاضَ الرِّدَّةِ أَهْدَرَ السِّرَايَةَ فَلَا يَنْقَلِبُ بِالْإِسْلَامِ إِلَى الضَّمَانِ، لأنَّ الردة معنًى لو مات عليه بالسراية لا يلزم شيء فكذا إذا لم يمت عليه، كعبدٍ قطعت يده ثمَّ باعه المولىٰ ثمَّ اشتَراه أو تناقضا البيع ثمَّ مات لا يجب إلَّا دية اليد، كما لو مات على البيع لأنَّ البيع معنًى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء، ولأنَّ البيع معنًى يقطع ملكه في النفس مع قيام النفس محتَرمة والردَّة تبطل حقُّ النفس أصلاً، إلَّا أنَّا نقول: أنَّ الردَّة ليست بإبراء عن ضمان الجناية وضعًا ولا شرعًا بل هيَ لتبديل الدين، ألا ترىٰ أنَّها تصحُّ من غير إبراء إلَّا أنه إذا ماتَ على ذلك لم يجب الضمان لهَدْرِ دمه بالردَّة، بخلاف ما إذا باع العبد المجنيّ عليه لأنَّ البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدلُ ملكه فإذا قطع الأصل قصدًا فقد قطع البدل أيضًا فصار كالإبراء، كذا في الأسرار.

قوله: وَصَارَ كَقِيَامِ المِلْكِ فِي حَالِ بَقَاءِ اليَمِينِ، فإنه إذا قال لعبده: إن دخلتَ الدار فأنتَ حُرٌّ، ثم باعه ثم اشتَراه ثم دخل الدار عتق، أمَّا لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث لم يعتق، هذا هو الحكم في المقطوعة يده، وإن كان القاطع هو الذي ارتدَّ فقتل ومات المقطوعة يده من قطع اليد مسلمًا فإذا كان عمدًا فلا شيء له لأنَّ الواجب في

(وَاذَا ارْتَدَّ الْمُكَاتَبُ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَاكْتَسَبَ مَالًا فَأُخِذَ بِمَالِهِ وَأَبَىٰ أَنْ يُسْلِمَ فَقُتِلَ فَإِنَّهُ يُوَفِّي مَوْلَاهُ مُكَاتَبَتَهُ وَمَا بَقِيَ فَلِوَرَثَتِهِ) وَهٰذَا ظَاهِرٌ عَلَىٰ أَصْلِهِمَا؛ لِأَنَّ كَسْبَ الرِّدَّةِ مِلْكُهُ إِذَا كَانَ حُرًّا، فَكَذَا إِذَا كَانَ مُكَاتَبًا، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فَلِأَنَّ الْمُكَاتَبَ إِنَّمَا يَمْلِكُ أَكْسَابَهُ بِالْكِتَابَةِ، وَالْكِتَابَةُ لَا تَتَوَقَّفُ بِالرِّدَّةِ فَكَذَا أَكْسَابُهُ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُهُ بِالْأَقْوَىٰ وَهُوَ الرِّقُّ،

العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردَّته أو مات، وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند الجناية كان مسلمًا، وجناية المسلم إذا كانت خطأ على عاقلته، وتبيَّن بالسراية أنَّ جنايته كانت قتلاً.

قوله: وَالْكِتَابَةُ لَا تَتَوَقَّفُ بِالرِّدَّةِ، لأنَّها لا تبطل بحقيقة الموت فلا تبطل باللحاق الذي هو شبه الموت، فإن قيل: سلمنا أنَّ المكاتب يملك أكسابه وإن كان مرتدًا لكن لمَّا قتل عن وفاءٍ كان حُرًّا في آخر جزء من أجزاء حياته كما هو مذهبنا، ثمَّ تستند حريته إلى ما قبل الموت حتى يحكم بحريَّة أولاده الموجودين في حال كتابته، فحينئذٍ كان ما اكتسبه في حال الارتداد كسب الحرِّ المرتدِّ فيجب أن يكون فيئًا علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، قلنا: ذلك جواب القياس، وأمَّا جواب الاستحسان فهو ميراثٌ لورثته لأنا حكمنا بحريته بالأداء بعد الموت في الحقوق المستحقَّة بالكتابة وذلك حريته وحرية أولاده وحقيقة الملك له في المكاسب وفيما عدا ذلك يعتبر ميتًا عبدًا، ألا ترى أنه لا ينفذ وصيته وإن مات عن وفاء لأنَّها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة، وإذا كان كذلك فنقول في عدم صيرورته فيئًا يجعل كأنه مات عبدًا وكسب العبد المرتدِّ لا يكون فيئًا، كذا في الفوائد الظهيرية.

فَكَذَا بِالْأَدْنَىٰ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَىٰ.

(وَإِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَامْرَأَتُهُ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ وَلَحِقَا بِدَارِ الحَرْبِ فَحَبِلَتِ المَرْأَةُ فِي دَارِ الحَرْبِ وَوَلَدَتْ وَلَدًا وَوُلِدَ لِوَلَدِهِمَا وَلَدٌ فَظُهِرَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا فَالْوَلَدَانِ فَيْءٌ) ؛ لِأَنَّ المُرْتَدَّةَ تُسْتَرَقُّ فَيَتْبَعُهَا وَلَدُهَا، وَيُجْبَرُ الوَلَدُ الأَوَّلُ عَلَى الإِسْلَامِ، وَلَا يُجْبَرُ وَلَدُ الوَلَدِ، وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُجْبَرُ تَبَعًا لِلْجَدِّ، وَأَصْلُهُ التَّبَعِيَّةُ فِي

قوله: فَكَذَا بِالْأَدْنَىٰ، وهو الردَّة يعني أنَّ الرق أقوىٰ من الردَّة في المانعية من التصرف لأنَّ بعض تصرفات المرتدِّ نافذ بالإجماع كالاستيلاد، وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما، أمَّا العبد فممنوعٌ عن التصرُّفات كلها، ثمَّ لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع أنه رقيقٌ لم يتوقَّف تصرفه أيضًا مع أنه مرتدٌّ بالطريق الأَوْلىٰ.

قوله: فَحَبِلَتِ المَرْأَةُ فِي دَارِ الحَرْبِ، قيل: ذ كر دار الحرب وقع اتفاقًا فإنَّها إذا حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك، ولعله يشتمل علىٰ فائدة وهي أنَّ العلوق متى كان في دار الحرب كان أبعد عن الإسلام، ومتى كان في دار الإسلام كان أقرب إلى الإسلام باعتبار الدار لكون الدار جهةً في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرًا هنا بالطريق الأَوْلىٰ.

قوله: وَلَا يُجْبَرُ وَلَدُ الوَلَدِ، وهو ظاهر الرواية، ووجهه أنه لو كان مسلمًا تبعًا لجدِّه كان تبعًا لجدِّ جدِّه فحينئذٍ يكون الناس كلهم مسلمين بإسلام آدم عليه السلام فلا يجبر على الإسلام تبعًا للجدِّ، ولا يجبر أيضًا تبعًا لأبيه وهو الولد الأول لأنَّ التبع لا يستتبع غيره، وقوله: فَالْوَلَدَانِ فَيْءٌ، أمَّا ولد الولد فلأنه كافرٌ أصليٌّ، وأمَّا الولد الأول فلأنه ولد المرتدَّة وولد المرتدة يسبى تبعًا للأمِّ لأنَّ الولد يتبع الأمَّ في الرقِّ والحرية.

الإِسْلَام وَهِيَ رَابِعَةُ أَرْبَعِ مَسَائِلَ كُلُّهَا عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَالثَّانِيَةُ صَدَقَةُ الفِطْرِ، وَالثَّالِثَةُ جَرُّ الوَلَاءِ، وَالْأُخْرَى الوَصِيَّةُ لِلْقَرَابَةِ.

قَالَ: (وَارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ارْتِدَادٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَيُجْبَرُ عَلَى الإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ، وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ لَا يَرِثُ أَبَوَيْهِ إِنْ كَانَا كَافِرَيْنِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: ارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِسْلَامُهُ لَيْسَ بِإِسْلَامٍ وَارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ، لَهُمَا فِي الإِسْلَامِ أَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا، وَلِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَحْكَامًا تَشُوبُهَا المَضَرَّةُ فَلَا يُؤَهَّلُ لَهُ.

وَلَنَا فِيهِ أَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَسْلَمَ فِي صِبَاهُ، وَصَحَّحَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِسْلَامَهُ، وَافْتِخَارُهُ بِذٰلِكَ مَشْهُورٌ، وَلِأَنَّهُ

قوله: كُلُّهَا عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، أي في ظاهر الرواية لم يجعل الجدَّ بمنزلة الأب في تلك المسائل، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى جعل الجد فيهما بمنزلة الأب، أمَّا صورة صيرورة الولد مسلمًا بإسلام جدِّه فهي ما ذكره، وأمَّا صورة صدقة الفطر فهي أنَّ الأب إذا كان فقيرًا أو عبدًا والجدُّ موسر هل يجب فطرة الحافد على الجدِّ أم لا؟ وصورة جرِّ الولاء أنه إذا أعتق الجدُّ والحافد حرٌّ والأب رقيقٌ هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد أم لا؟ وصورة الوصية للقرابة إذا أوْصىٰ رجل لذي قرابة لا يدخل الولدان فيها وهل يدخل الجدُّ أم لا؟ ففي ظاهر الرواية يدخل، وفي رواية الحسن لا يدخل.

قوله: وَلَا يُقْتَلُ، أي وإن أدرك كافرًا.

قوله: وَصَحَّحَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِسْلَامَهُ، وَافْتِخَارُهُ بِذٰلِكَ مَشْهُورٌ،

أَتَىٰ بِحَقِيقَةِ الإِسْلَامِ وَهِيَ التَّصْدِيقُ وَالْإِقْرَارُ مَعَهُ؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ عَنْ طَوْعٍ دَلِيلٌ عَلَى الاِعْتِقَادِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ وَالْحَقَائِقُ لَا تُرَدُّ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَعَادَةٌ أَبَدِيَّةٌ وَنَجَاةٌ عَقْبَاوِيَّةٌ، وَهِيَ مِنْ أَجَلِّ المَنَافِعِ وَهُوَ الحُكْمُ الأَصْلِيُّ، ثُمَّ يُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ غَيْرُهَا فَلَا يُبَالِي بِشَوْبِهِ، وَلَهُمْ فِي الرِّدَّةِ أَنَّهَا مَضَرَّةٌ مَحْضَةٌ، بِخِلَافِ الإِسْلَامِ عَلَىٰ أَصْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ أَعْلَى المَنَافِعِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ فِيهَا أَنَّهَا مَوْجُودَةٌ حَقِيقَةً، وَلَا مَرَدَّ لِلْحَقِيقَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الإِسْلَامِ،

وهو قوله رضي الله عنه:

سَبَقْتُكُمْ إِلَى الإِسْلَامِ طُرًّا ❊ غُلَامًا مَا بَلَغْتُ أَوَانَ حُلُمِي

وقيل: أول من أسلم من الرجال أبو بكر رضي الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان علي رضي الله عنهم، والتعلق به مشكلٌ إذ لم ينقل أنَّه عليه الصلاة والسلام صحَّح إسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة، وإن قلتَ: صحَّح في أحكام الآخرة فهذا مسلَّم ولا كلام فيه إنما الكلام في أحكام الدنيا، فإن قلتَ: ذكره مطلقًا فانصرف إليهما، قلنا: هي حكاية حال فلا عمومَ لها وأحكامُ الآخرة مرادة فلم يرد غيرها.

قوله: وَلَا مَرَدَّ لِلْحَقِيقَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الإِسْلَامِ، فإن قيل: الإسلام منفعة محضة والردَّة مضرة محضة ولا يلزم من تحقُّق ما هو منفعة محضةٌ تحقق ما هو مضرة محضةٌ وإن كان بعد وجوده حقيقةً، ألا ترىٰ أنَّ قبول الهبة صحيح لأنه منفعةمحضة وردُّها باطل لأنه مضرة محضة فكيف يُقاس الردَّة بالإسلام؟ قلنا: هذا من اعتبار الشيء بعد وجود حقيقته فبعد ذلك لا يعتبر أنه منفعة للصبي أو مضرة، وهذا لأنَّ الردة منه بجهل يخالفه وجهله في

إِلَّا أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الإِسْلَامِ لِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ لَهُ، وَلَا يُقْتَلُ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالْعُقُوبَاتُ مَوْضُوعَةٌ عَنِ الصِّبْيَانِ مَرْحَمَةً عَلَيْهِمْ، وَهٰذَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ، وَمَنْ لَا يَعْقِلُ مِنَ الصِّبْيَانِ لَا يَصِحُّ ارْتِدَادُهُ؛

سائر الأشياء معتبر حتى لا يجعل عارفًا إذا علم جهله به فكذلك جهله بردته، فبهذا يعلم أنَّ قياس الردَّة بالإسلام صحيح من حيث إنَّ في كل منهما اعتبارًا للشيء بعد وجود حقيقته وبعذر الصبي لا يجعل ما وجد منه حقيقةً أنه غير موجود، ألا ترىٰ أنَّ الصبيَّ إذا صام ثمَّ أكل عامدًا ينعدم الصوم لوجود حقيقة الأكل ولا يعذر بالصبي لأنَّ من ضرورة كونه أهلاً للعقد كونه أهلاً لرفعه، كما أنه لمَّا كان أهلاً لعقد الإحرام والصلاة كان أهلاً للخروج منه، وإنَّما لم يصح منه ردُّ الهبَّة لِمَا فيه من نقل الملك إلىٰ غيره، ألا ترىٰ أنَّ ضرر الردَّة يلحقه بطريق التبعية إذا ارتدَّ أبواه ولحقا به بدار الحرب وضرر ردُّ الهبة لا يلحقه من جهة أبيه فيجب أن لا يلحقه من جهة نفسه أيضًا.

قوله: وَلَا يُقْتَلُ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالْعُقُوبَاتُ مَوْضُوعَةٌ عَنِ الصِّبْيَانِ، في هذا التعليل نوع نظر إذ لو كان سقوط القتل عنه باعتبار المرحمة لصباه كان ينبغي أن لا يعذَّب في النار مخلدًا كسائر الكفار، وقد صحَّ أنَّ الصبي الكافر يخلد في النار فالصبيُّ المرتد أوْلىٰ لأنَّ كفره أغْلَظُ، والصحيح ما علَّل به في المبسوط لأنه إنَّما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحَّة إسلامه.

قوله: وَهٰذَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ، يعني في صبيٍّ عاقل يقيم الحجج الواضحة علىٰ وحدانية الله تعالىٰ ونبوَّة محمد عليه الصلاة والسلام، حتَّىٰ إذا ناظر الموحِّد أفْهَمَ وإذا ناظر الملحد أفْحَمَ والاعتقاد باطن لا يوقف عليه فيقامُ السبب الظاهر وهو الإقرار عن طوع مقامه كما في البالغ، ثمَّ بعد وجود الشيء حقيقةً إما أن يسقط اعتباره بحجر شرعي والحجر عن الإسلام باطلٌ ولا يحكم بصحته لضررٍ يلحقه وذا باطل لأنه سبب

لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يَدُلُّ عَلَىٰ تَغَيُّرِ العَقِيدَةِ، وَكَذَا المَجْنُونُ وَالسَّكْرَانُ

السعادة الأبدية فكان محض منفعة في الدنيا والآخرة وهو الحكم الأصليُّ الموضوع له، ثمَّ قد يبتنىٰ عليه حرمان الإرث والفرقة فلا يبالىٰ بذلك لأنَّ المنظور إليه في التصرفات الموضوعات الأصلية، ألا ترىٰ أنَّ ذا يثبت إذا جعل مسلمًا تبعًا لغيره والتبعية فيما يتمحَّض نفعًا لا فيما يشوبه ضرر، وكونه موليًا عليه لا ينفي كونه وليًّا بل يثبت الأمران لينتفع بِهما، وهذا لأنه لمَّا كان قاصر الأهلية صلح موليًا عليه ولمَّا كان صاحب أصل الأهلية صلح وليًّا، ومتىٰ جعلناه وليًّا لم نجعله فيه موليًا عليه، ومتىٰ جعلناه موليًا عليه لم نجعله وليًّا فيه فإنه إذا صار مسلمًا بإسلام نفسه لا يكون فيه تبعًا لأبويه، وإذا كان مسلمًا تبعًا لا يكون مسلمًا بإسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاةٌ، وقولهم في الردة: أنَّها مضرَّة محضة، قلنا نعم الردَّة ضرر لكنه أهلٌ للتصرف الضار إذا كان يندرج في إمكانه تلافيه، ألا ترىٰ أنَّ الإقرار بالرقِّ منه يصحُّ وإن كان ضررًا لإمكان تلافيه بإقامة البينة علىٰ حريته، فإن قيل: لو صحَّ إسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضًا لاستحالة القول بكونه متنفِّلاً في الإسلام، ومن ضرورة كونه فرضًا أن يكون مخاطبًا وهو غير مخاطب بالاتفاق، فإذا لم يكن تصحيحه فرضًا لم يصح، بخلاف سائر العبادات فإنه متردِّد بين الفرض والنفل، وبخلاف ما إذا جعل مسلمًا تبعًا لغيره لأنَّ صفة الفرضية في الأصل مغنية عن اعتباره في التبع، ولأنَّه لو لم يصف الإسلام بعد ما عقل لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته، ولو صار عقله معتبَرًا في الدين لوقعت الفرقة إذا لم يحسن أن يصف كما بعد البلوغ، قلنا: إنَّما لم يكن مخاطبًا بالأداء لدفع الحرج عنه إذا امتنع وهذا يدلُّ علىٰ أنه يحكم بصحته إذا أدَّى باعتبار أنَّ عند الأداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود، كالمسافر لا يخاطب بأداء الجمعة وإذا أدَّىٰ يقع ذلك فرضًا منه بِهذا الطريق، وهذا لأنَّ عدم توجه الخطاب بالإسلام لدفع الضرر ولا ضررَ عليه إذا أدرج الخطاب بِهذا الطريق بل تتوفَّر عليه المنفعة مع أنه يحكم بإسلامه لوجود حقيقته من غير أن يتعرَّض بصفة، وإنَّما لا

الَّذِي لَا يَعْقِلُ.

تبين زوجته منه إذا لم يحسن أن يصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية والإصالة ولتوفير معنى المنفعة عليه، أمَّا قوله أنه تبع لأبويه فيه لا يجعل أصلاً، قلنا: إنَّما يمتنع الجمع بين معنى التبعية والأصالة إذا كان بينهما مضادة، فأمَّا إذا تأيَّد أحدهما بالآخر فذلك مستقيم، كالمرأة إذا سافرت مع زوجها ونوت السفر فهي مسافرة بنيتها مقصودة وتبعًا لزوجها أيضًا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ البُغَاةِ

(وَإِذَا تَغَلَّبَ قَوْمٌ مِنَ المُسْلِمِينَ عَلَىٰ بَلَدٍ وَخَرَجُوا مِنْ طَاعَةِ الإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلَى العَوْدِ إِلَى الجَمَاعَةِ وَكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ) ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا فَعَلَ كَذٰلِكَ بِأَهْلِ حَرُورَاءَ قَبْلَ قِتَالِهِمْ، وَلِأَنَّهُ أَهْوَنُ الأَمْرَيْنِ، وَلَعَلَّ الشَّرَّ يَنْدَفِعُ بِهِ فَيُبْدَأُ بِهِ (وَلَا يَبْدَأُ بِقِتَالٍ حَتَّىٰ يَبْدَءُوهُ، فَإِنْ بَدَءُوهُ قَاتَلَهُمْ حَتَّىٰ يُفَرِّقَ جَمْعَهُمْ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: هٰكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَذَكَرَ الإِمَامُ المَعْرُوفُ بِخُوَاهَرْ زَادَهْ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ عِنْدَنَا

باب البغاة

قوله: بِأَهْلِ حَرُورَاءَ، وهي قرية بالكوفة تمدُّ وتقصر، وسبب خروجهم أنَّهم قالوا: القتال واجب بالنصِّ وعلي رضي الله عنه ترك القتال بالتحكيم، فأرْسَل عليٌّ عبدَ الله بن عباس رضي الله عنهم ليكشف شبهتهم، فلما ذكروا قال ابن عباس رضي الله عنهما: هذه الحادثة ليست بأدنىٰ من بيض الحمام وفيه التحكيم لقوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥] فكان تحكيم عليٍّ رضي الله عنه موافقًا للنصِّ فألزمهم الحجة فتاب البعض وأصرَّ قومٌ علىٰ ذلك.

قوله: أَهْوَنُ الأَمْرَيْنِ، الدعاء إلى العود إلى الجماعة بكشف شبهتهم، والقتال.

قوله: المَعْرُوفُ بِخُوَاهَرْ زَادَهْ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وهو خواهر زاده للقاضي الإمام أبي ثابت رحمهما الله تعالىٰ.

يَجُوزُ أَنْ يَبْدَأَ بِقِتَالِهِمْ إِذَا تَعَسْكَرُوا وَاجْتَمَعُوا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ حَتَّىٰ يَبْدَءُوا بِالْقِتَالِ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَتْلُ الْمُسْلِمِ إِلَّا دَفْعًا وَهُمْ مُسْلِمُونَ، بِخِلَافِ الكَافِرِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الكُفْرِ مُبِيحٌ عِنْدَهُ، وَلَنَا أَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ الِاجْتِمَاعُ وَالِامْتِنَاعُ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ لَوِ انْتَظَرَ الإِمَامُ حَقِيقَةَ قِتَالِهِمْ رُبَّمَا لَا يُمْكِنُهُ الدَّفْعُ فَيُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ ضَرُورَةَ دَفْعِ شَرِّهِمْ، وَإِذَا بَلَغَهُ أَنَّهُمْ يَشْتَرُونَ السِّلَاحَ وَيَتَأَهَّبُونَ لِلْقِتَالِ يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَهُمْ وَيَحْبِسَهُمْ حَتَّىٰ يُقْلِعُوا عَنْ ذٰلِكَ وَيُحْدِثُوا تَوْبَةً دَفْعًا لِلشَّرِّ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ مِنْ لُزُومِ البَيْتِ مَحْمُولٌ عَلَىٰ حَالِ عَدَمِ الإِمَامِ، أَمَّا إِعَانَةُ الإِمَامِ الحَقِّ فَمِنَ الوَاجِبِ عِنْدَ الغَنَاءِ وَالْقُدْرَةِ.

(فَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ فِئَةٌ أُجْهِزَ عَلَىٰ جَرِيحِهِمْ وَأُتْبِعَ مُوَلِّيهِمْ) دَفْعًا لِشَرِّهِمْ كَيْ لَا يَلْحَقُوا بِهِمْ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِئَةٌ لَمْ يُجْهَزْ عَلَىٰ جَرِيحِهِمْ وَلَمْ يُتْبَعْ مُوَلِّيهِمْ) لِانْدِفَاعِ الشَّرِّ دُونَهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ ذٰلِكَ فِي الحَالَيْنِ؛ لِأَنَّ القِتَالَ إِذَا تَرَكُوهُ لَمْ يَبْقَ قَتْلُهُمْ دَفْعًا، وَجَوَابُهُ

قوله: وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ مِنْ لُزُومِ البَيْتِ، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: إذا وقعت الفتنة بين المؤمنين ينبغي أن يعزل الفتنة ويحترز عنها ويلزم البيت ولا يخرج إلى الفتنة، وتأويله إذا لم يكن له إمامٌ يدعو إلى القتال، أمَّا إذا كان له إمامٌ وله غناء لا يسعه التقاعد، وفي الحديث: «إذا هاجت الفتنة كُنْ جليس بيتك».

مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ دَلِيلُهُ لَا حَقِيقَتُهُ.

(وَلَا يُسْبَىٰ لَهُمْ ذُرِّيَّةٌ وَلَا يُقَسَّمُ لَهُمْ مَالٌ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يَوْمَ الجَمَلِ: وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرٌ وَلَا يُكْشَفُ سِتْرٌ وَلَا يُؤْخَذُ مَالٌ، وَهُوَ القُدْوَةُ فِي هٰذَا البَابِ، وَقَوْلُهُ فِي الأَسِيرِ تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِئَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ يَقْتُلُ الإِمَامُ الأَسِيرَ، وَإِنْ شَاءَ حَبَسَهُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ وَالْإِسْلَامُ يَعْصِمُ النَّفْسَ وَالْمَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُقَاتِلُوا بِسِلَاحِهِمْ إِنِ احْتَاجَ الْمُسْلِمُونَ إِلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ، وَالْكُرَاعُ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ، لَهُ أَنَّهُ مَالُ مُسْلِمٍ فَلَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ، وَلَنَا أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَسَّمَ السِّلَاحَ فِيمَا بَيْنَ أَصْحَابِهِ بِالْبَصْرَةِ وَكَانَتْ قِسْمَتُهُ لِلْحَاجَةِ لَا لِلتَّمْلِيكِ، وَلِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَفْعَلَ ذٰلِكَ فِي مَالِ العَادِلِ عِنْدَ الحَاجَةِ، فَفِي مَالِ البَاغِي أَوْلَىٰ وَالْمَعْنَىٰ فِيهِ إِلْحَاقُ الضَّرَرِ الأَدْنَىٰ لِدَفْعِ الأَعْلَىٰ.

قوله: مَا ذَكَرْنَاهُ، أراد به قوله: وَلَنَا أَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ.

قوله: يَوْمَ الجَمَلِ، وقعة عائشة رضي الله عنها مع علي رضي الله عنه بالبصرة، سميت بذلك لأنَّها كانت على جملٍ اسمه عسكر.

قوله: وَإِنْ شَاءَ حَبَسَهُ لِمَا ذَكَرْنَا، يريد قوله: وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرٌ.

قوله: وَلِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَفْعَلَ ذٰلِكَ فِي مَالِ العَادِلِ، وأصل هذا حديث صفوان فإنه عليه الصلاة والسلام أخذ منه دروعًا حالة المحاربة بغير رضاه فقال: أغصبًا يا محمَّدُ؟

(وَيَحْبِسُ الإِمَامُ أَمْوَالَهُمْ فَلَا يَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ وَلَا يُقَسِّمُهَا حَتَّىٰ يَتُوبُوا فَيَرُدَّهَا عَلَيْهِمْ) أَمَّا عَدَمُ القِسْمَةِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا الحَبْسُ فَلِدَفْعِ شَرِّهِمْ بِكَسْرِ شَوْكَتِهِمْ وَلِهَٰذَا يَحْبِسُهَا عَنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، إِلَّا أَنَّهُ يَبِيعُ الكُرَاعَ؛ لِأَنَّ حَبْسَ الثَّمَنِ أَنْظَرُ وَأَيْسَرُ، وَأَمَّا الرَّدُّ بَعْدَ التَّوْبَةِ فَلِانْدِفَاعِ الضَّرُورَةِ وَلَا اسْتِغْنَامَ فِيهَا.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ أَهْلُ البَغْيِ مِنَ البِلَادِ الَّتِي غَلَبُوا عَلَيْهَا مِنَ الخَرَاجِ وَالْعُشْرِ لَمْ يَأْخُذْهُ الإِمَامُ ثَانِيًا) ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الأَخْذِ لَهُ بِاعْتِبَارِ الحِمَايَةِ وَلَمْ يَحْمِهِمْ (فَإِنْ كَانُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ أَجْزَأَ مَنْ أُخِذَ مِنْهُ) لِوُصُولِ الحَقِّ إِلَىٰ مُسْتَحِقِّهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ فَعَلَىٰ أَهْلِهِ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ أَنْ يُعِيدُوا ذٰلِكَ) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَىٰ مُسْتَحِقِّهِ، قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: قَالُوا الإِعَادَةُ عَلَيْهِمْ فِي الخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُمْ مُقَاتِلَةٌ فَكَانُوا مَصَارِفَ، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ، وَفِي العُشْرِ إِنْ كَانُوا فُقَرَاءَ، فَكَذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الفُقَرَاءِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الزَّكَاةِ، وَفِي المُسْتَقْبَلِ يَأْخُذُهُ الإِمَامُ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِيهِمْ فِيهِ؛ لِظُهُورِ وِلَايَتِهِ (وَمَنْ قَتَلَ رَجُلًا وَهُمَا مِنْ عَسْكَرِ أَهْلِ البَغْيِ ثُمَّ ظُهِرَ عَلَيْهِمْ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ) ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِإِمَامِ العَدْلِ حِينَ القَتْلِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ مُوجِبًا ....

فقال: لا، بل عاريةٌ مؤدَّاةٌ.

قوله: أَمَّا عَدَمُ القِسْمَةِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، أنَّهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال.

كَالْقَتْلِ فِي دَارِ الحَرْبِ (وَإِنْ غَلَبُوا عَلَىٰ مِصْرٍ فَقَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ المِصْرِ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ المِصْرِ عَمْدًا ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى المِصْرِ فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ) وَتَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَجْرِ عَلَىٰ أَهْلِهِ أَحْكَامُهُمْ وَأُزْعِجُوا قَبْلَ ذٰلِكَ، وَفِي ذٰلِكَ لَمْ تَنْقَطِعْ وِلَايَةُ الإِمَامِ فَيَجِبُ القِصَاصُ.

(وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ العَدْلِ بَاغِيًا فَإِنَّهُ يَرِثُهُ، فَإِنْ قَتَلَهُ البَاغِي وَقَالَ قَدْ كُنْتُ عَلَىٰ حَقٍّ وَأَنَا الآنَ عَلَىٰ حَقٍّ وَرِثَهُ، وَإِنْ قَالَ «قَتَلْتُهُ وَأَنَا أَعْلَمُ أَنِّي عَلَى البَاطِلِ» لَمْ يَرِثْهُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَرِثُ البَاغِي فِي الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَأَصْلُهُ أَنَّ العَادِلَ إِذَا أَتْلَفَ نَفْسَ البَاغِي أَوْ مَالَهُ لَا يَضْمَنُ وَلَا يَأْثَمُ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِقِتَالِهِمْ دَفْعًا لِشَرِّهِمْ، وَالْبَاغِي إِذَا قَتَلَ العَادِلَ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَنَا وَيَأْثَمُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي القَدِيمِ: إِنَّهُ يَجِبُ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا تَابَ المُرْتَدُّ، وَقَدْ أَتْلَفَ نَفْسًا أَوْ مَالًا، لَهُ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مَعْصُومًا أَوْ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً فَيَجِبُ الضَّمَانُ اعْتِبَارًا بِمَا قَبْلَ المَنَعَةِ، وَلَنَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ رَحِمَهُ اللهُ، وَلِأَنَّهُ أَتْلَفَ عَنْ تَأْوِيلٍ فَاسِدٍ،

قوله: كَالْقَتْلِ فِي دَارِ الحَرْبِ، وهو أنه إذا قتل مسلمًا في دار الحرب ثم ظهر عليهم فليس على القاتل شيءٌ فكذلك هېنا، والجامع انقطاع ولاية الإمام في حالة الجناية.

قوله: رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ. قال: وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله عليه

وَالْفَاسِدُ مِنْهُ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ إِذَا ضُمَّتْ إِلَيْهِ المَنَعَةُ فِي حَقِّ الدَّفْعِ كَمَا فِي مَنَعَةِ أَهْلِ الحَرْبِ وَتَأْوِيلِهِمْ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الأَحْكَامَ لَا بُدَّ فِيهَا مِنَ الإِلْزَامِ أَوِ الِالْتِزَامِ، وَلَا التِزَامَ لِاعْتِقَادِ الإِبَاحَةِ عَنْ تَأْوِيلٍ، وَلَا إِلْزَامَ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ لِوُجُودِ المَنَعَةِ، وَالْوِلَايَةُ بَاقِيَةٌ قَبْلَ المَنَعَةِ وَعِنْدَ عَدَمِ التَّأْوِيلِ ثَبَتَ الِالْتِزَامُ اعْتِقَادًا، بِخِلَافِ الإِثْمِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَنَعَةَ فِي حَقِّ الشَّارِعِ، إِذَا ثَبَتَ هٰذَا فَنَقُولُ: قَتْلُ العَادِلِ البَاغِيَ قَتْلٌ بِحَقٍّ فَلَا يَمْنَعُ الإِرْثَ، وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي قَتْلِ البَاغِي العَادِلَ أَنَّ التَّأْوِيلَ الفَاسِدَ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الدَّفْعِ وَالْحَاجَةُ هَاهُنَا إِلَى اسْتِحْقَاقِ الإِرْثِ فَلَا يَكُونُ التَّأْوِيلُ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الإِرْثِ، وَلَهُمَا فِيهِ أَنَّ الحَاجَةَ إِلَىٰ دَفْعِ الحِرْمَانِ أَيْضًا، إِذِ القَرَابَةُ سَبَبُ الإِرْثِ فَيُعْتَبَرُ الفَاسِدُ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ بَقَاءَهُ عَلَىٰ دِيَانَتِهِ، فَإِذَا قَالَ: كُنْتُ عَلَى

الصلاة والسلام كانوا متوافرين فاتَّفقوا علىٰ أنَّ كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوعٌ، وكل فرج استحلَّ بتأويل القرآن فهو موضوعٌ، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوعٌ، لأنَّ التأويل الفاسد تنزَّل منزلة الصحيح في حقِّ دفع الضمان إذا ضمَّت إليه المنعة، كتأويل أهل الحرب فإنَّهم لا يضمنون ما أتلفوا علينا لهذا المعنىٰ، وذلك لأنَّ أهل البغي يستحلُّون الدماء بتأويل أنَّ ارتكاب الرَّيْب كفرٌ وقد صارت لهم منعة دافعة فصحَّ الدفع منهم فلا يضمنون لأنَّ لزوم الأحكام بالالتزام أو بالإلزام، ولا التزامَ لأنه باعتقاد حرمة الإتلاف وهم يعتقدون حلَّه حيث يقولون: عصى الله ولم يعمل بموجب الكتاب.

قوله: إِلَّا أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ، أي من شرط الإرث أن يكون مصرًّا علىٰ دعواه، فإذا رجع

البَاطِلِ لَمْ يُوجَدِ الدَّافِعُ فَوَجَبَ الضَّمَانُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَةِ وَفِي عَسَاكِرِهِمْ) ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى المَعْصِيَةِ (وَلَيْسَ بِبَيْعِهِ بِالْكُوفَةِ مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ وَمَنْ لَمْ يَعْرِفْهُ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَةِ بَأْسٌ) ؛ لِأَنَّ الغَلَبَةَ فِي الأَمْصَارِ لِأَهْلِ السِّلَاحِ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ بَيْعُ نَفْسِ السِّلَاحِ لَا بَيْعُ مَا لَا يُقَاتَلُ بِهِ إِلَّا بِصَنْعَةٍ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يُكْرَهُ بَيْعُ المَعَازِفِ وَلَا يُكْرَهُ بَيْعُ الخَشَبِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخَمْرُ مَعَ العِنَبِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

فقد بطلت ديانته قبل استيفاء حقِّه فبطلَ، وإذا قال كنتُ على الباطل انتفى الدافع وهو التأويل الفاسد فيجب الضمان فيحرم عن الميراث.

قوله: لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى المَعْصِيَةِ، وهي حرامٌ، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِۚ﴾ [المائدة: ٢].

قوله: مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ، والحكم في غير الكو فة أيضًا كذلك إلا أنَّ تقييد الكوفة باعتبار أنَّ البغاة خرجوا فيها أوَّلاً.

قوله: مَا لَا يُقَاتَلُ بِهِ إِلَّا بِصَنْعَةٍ، كالحديد.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الخَمْرُ مَعَ العِنَبِ، يعني لا يكره بيع العنب ممن يجعله خمرًا إذ العنب ليس بآلة المعصية وإنَّما يصير بعد صيرورته خمرًا، أمَّا السلاح فإنه آلة الفتنة في الحال فيكره بيعه ممَّن يعرف بالفتنة، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

كِتَابُ اللَّقِيطِ

اللَّقِيطُ سُمِّيَ بِهِ بِاعْتِبَارِ مَآلِهِ لِمَا أَنَّهُ يُلْقَطُ، وَالِالْتِقَاطُ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ لِمَا فِيهِ مِنْ إحْيَائِهِ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ ضَيَاعُهُ فَوَاجِبٌ.

قَالَ: (اللَّقِيطُ حُرٌّ) ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي بَنِي آدَمَ إنَّمَا هُوَ الحُرِّيَّةُ، وَكَذَا الدَّارُ دَارُ الأَحْرَارِ؛ وَلِأَنَّ الحُكْمَ لِلْغَالِبِ (وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ المَالِ) هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، وَلِأَنَّهُ مُسْلِمٌ عَاجِزٌ عَنِ

كتاب اللقيط

هو في اللغة ما يُلقط أي يرفع من الأرض، فعيلٌ بمعنى مفعولٍ، ثمَّ غلب على الصبي المنبوذ لأنه علىٰ عرض أن يلقط، وهو من باب وصف الشيء بالصفة المشارفة مثل: «من قتلَ قتيلاً فلهُ سَلَبه»، وفي الشريعة اسم لمولودٍ طرحه أهله خوفًا من العيلة أو فرارًا من تُهمة الزنية، مُضَيِّعه آثِمٌ ومُحْرِزه غانمٌ لِمَا في إحرازه من إحياء النفس فإنه علىٰ شرف الهلاك وإحياء الحيِّ بدفع سبب الهلاك عنه، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًاۚ﴾ [المائدة: ٣٢] ولهذا كان رفعه أفضل من تركه لِمَا في تركه من ترك التَّرحم على الصغار، قال عليه الصلاة والسلام: «من لم يرحَمْ صغيرَنا ولم يوقِّر كبيرنا فليس منَّا» وفي رفعه إظهار الشفقة على الأطفال وهو من أفضل الأعمال، فلهذا ندب التقاط اللقيط ووجب إن غلب علىٰ ظنِّه ضياعه.

قوله: وَلِأَنَّ الحُكْمَ لِلْغَالِبِ، أي يكون حرًّا باعتبار الغلبة لأنَّ الغالب فيمن يسكن

التَّكَسُّبِ، وَلَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ فَأَشْبَهَ المُقْعَدَ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ؛ وَلِأَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ المَالِ، وَالْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ وَلِهٰذَا كَانَتْ جِنَايَتُهُ فِيهِ، وَالْمُلْتَقِطُ مُتَبَرِّعٌ فِي الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ؛ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ القَاضِي بِهِ لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ لِعُمُومِ الوِلَايَةِ.

قَالَ: (فَإِنِ التَقَطَهُ رَجُلٌ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ) ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حَقُّ الحِفْظِ لَهُ لِسَبْقِ يَدِهِ (فَإِنْ ادَّعَىٰ مُدَّعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَدَّعِ المُلْتَقِطُ نَسَبَهُ وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقِّ المُلْتَقِطِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ

في دار الإسلام الأحرار.

قوله: وَالْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ، الخراج ما يخرج من غلَّة الأرض أو الغلام، ومنه الخراج بالضمان، أي الغلة بسبب أن ضمنه، والمراد هنا أنَّ ميراثه لبيت المال بسبب أن ضمن بيت المال مؤنته.

قوله: وَلِهٰذَا، أي لأنَّ بيت المال ضمن مؤنته، كَانَتْ جِنَايَتُهُ فِيهِ، أي في بيت المال فتكون نفقته فيه.

قوله: إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ القَاضِي بِهِ لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ لِعُمُومِ الوِلَايَةِ، فحينئذٍ يرجع لأنَّ للقاضي ولاية عامة فصار أمر القاضي كأمره بنفسه لو كان من أهل الأمر، هذا إذا أمره بالإنفاق ليرجع عليه بأن يقول: أنفق عليه علىٰ أن يكون ذلك دينًا عليه، فإن أمره بالإنفاق عليه فقط قيل: يرجع لما بيَّنا والأصحُّ أن لا يرجع لأنَّ مطلقه يحتمل الحسبة والاستدانة عليه فلا يرجع عليه بالشكِّ.

إِقْرَارٌ لِلصَّبِيِّ بِمَا يَنْفَعُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَشَرَّفُ بِالنَّسَبِ وَيُعَيَّرُ بِعَدَمِهِ، ثُمَّ قِيلَ يَصِحُّ فِي حَقِّهِ دُونَ إِبْطَالِ يَدِ المُلْتَقِطِ، وَقِيلَ يُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ بُطْلَانُ يَدِهِ، وَلَوِ ادَّعَاهُ المُلْتَقِطُ قِيلَ يَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى القِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ وَقَدْ عُرِفَ فِي الأَصْلِ.

(وَإِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلَىٰ بِهِ) ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِمُوَافَقَةِ العَلَامَةِ كَلَامَهُ، وَإِنْ لَمْ يَصِفْ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فَهُوَ ابْنُهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ، وَلَوْ سَبَقَتْ دَعْوَةُ أَحَدِهِمَا فَهُوَ ابْنُهُ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِي زَمَانٍ لَا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ أَقْوَىٰ.

قوله: وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى القِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ، إلا أنَّ هذا قياسٌ آخر سوى الأوَّل، وجه القياس أنه مناقضٌ في كلامه لأنه زعم أنه لقيطٌ في يده وابنه لا يكون لقيطًا في يده، ووجه الاستحسان: أنه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الإقرار وهذا الالتزام تصرُّف منه علىٰ نفسه وله هذه الولاية، والتناقض لا يمنع دعوى النسب كما إذا أَكْذَب الملاعن نفسه، وهذا لأنَّ سببه خفيٌّ فربَّما يشتبه عليه الأمر في الابتداء فيظنُّ أنه لقيطٌ ثم يظهر له أنه ولده، وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامةً في جسده فهو أَوْلىٰ به إذ العلامة أصلٌ في الشريعة قال الله تعالى: ﴿تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ﴾ [البقرة: ٢٧٣] وقال الله تعالىٰ: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ﴾ [يوسف: ٢٦] الآية، وكذا لو سبقت دعوةُ أحدهما إلَّا إذا أقام الآخر البينة لترجُّح دعواه بالبينة.

قوله: فِي السَّبَبِ، وهو الدعوة.

(وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصْرٍ مِنْ أَمْصَارِ المُسْلِمِينَ أَوْ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَاهُمْ فَادَّعَىٰ ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ مُسْلِمًا) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُ تَضْمَنُ النَّسَبَ وَهُوَ نَافِعٌ لِلصَّغِيرِ، وَإِبْطَالُ الإِسْلَامِ الثَّابِتِ بِالدَّارِ وَهُوَ يَضُرُّهُ فَصَحَّتْ دَعْوَتُهُ فِيمَا يَنْفَعُهُ دُونَ مَا يَضُرُّهُ (وَإِنْ وُجِدَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَىٰ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْ فِي بِيعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ كَانَ ذِمِّيًّا) وَهٰذَا الجَوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الوَاجِدُ ذِمِّيًّا رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَ الوَاجِدُ مُسْلِمًا فِي هٰذَا المَكَانِ أَوْ ذِمِّيًّا فِي مَكَانِ المُسْلِمِينَ اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِيهِ، فَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ اللَّقِيطِ اُعْتُبِرَ المَكَانُ لِسَبْقِهِ، وَفِي كِتَابِ الدَّعْوَىٰ فِي بَعْضِ النُّسَخِ اُعْتُبِرَ الوَاجِدُ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ لِقُوَّةِ اليَدِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ تَبَعِيَّةَ الأَبَوَيْنِ فَوْقَ تَبَعِيَّةِ الدَّارِ حَتَّىٰ إِذَا سُبِيَ مَعَ الصَّغِيرِ أَحَدُهُمَا يُعْتَبَرُ كَافِرًا، وَفِي بَعْضِ نُسَخِهِ اُعْتُبِرَ الإِسْلَامُ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ.

قوله: وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصْرٍ مِنْ أَمْصَارِ المُسْلِمِينَ - إلىٰ قوله - وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، والقياس أن لا يصدَّق لأنه حكم له بالحرية والإسلام فلو جعل ابنًا للكافر بدعوته لكان تبعًا له في الدين فكان حكمًا بإبطال إسلامه.

قوله: فَصَحَّتْ دَعْوَتُهُ فِيمَا يَنْفَعُهُ دُونَ مَا يَضُرُّهُ، وليسَ من ضرورة ردِّ قوله في أحد الحكمين ردٌّ في الآخر لأنَّ النسبَ ينفكُّ عن الدين فولد الكافر من امرأةٍ مسلمةٍ ثابت النسب منه وهو مُسلمٌ.

قوله: وَفِي بَعْضِ نُسَخِهِ اُعْتُبِرَ الإِسْلَامُ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ، أي أيُّهما كان موجبًا

(وَمَنِ ادَّعَىٰ أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ) ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ (فَإِنِ ادَّعَىٰ عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ) ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَعُهُ (وَكَانَ حُرًّا) ؛ لِأَنَّ المَمْلُوكَ قَدْ تَلِدُ لَهُ الحُرَّةُ فَلَا تَبْطُلُ الحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بِالشَّكِّ (وَالْحُرُّ فِي دَعْوَتِهِ اللَّقِيطَ أَوْلَىٰ مِنَ العَبْدِ، وَالْمُسْلِمُ أَوْلَىٰ مِنَ الذِّمِّيِّ) تَرْجِيحًا لِمَا هُوَ الأَنْظَرُ فِي حَقِّهِ.

(وَإِنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُ) اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مَشْدُودًا عَلَىٰ دَابَّةٍ وَهُوَ عَلَيْهَا لِمَا ذَكَرْنَا ثُمَّ يَصْرِفُهُ الوَاجِدُ إِلَيْهِ بِأَمْرِ القَاضِي؛ لِأَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ وَلِلْقَاضِي وِلَايَةُ صَرْفِ مِثْلِهِ إِلَيْهِ،

لإسلامه يعتبَر ذلك لأنَّ الإسلام يعلو ولا يُعلىٰ، كالمولود بين كافر ومسلم، وفي رواية يعتبر زيُّه وعلامته كما إذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزيُّ والعلامة للفصل.

قوله: إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ، فإن قيل: كيف تقبل هذه البينة ولا خصمَ عن اللقيط لأنَّ الملتقط ليس بوليٍّ له فلا يكون خصمًا عنه في ما يضرُّه، قلنا: الملتقط خصم له باعتبار يده لأنه يمنعه عنه ويزعم أنه أحقُّ بحفظه لأنه لقيط ولا يتوصَّل المدعي إلى استحقاق يده إلَّا بإقامة البينة علىٰ رقِّه فلهذا كان خصمًا عنه.

قوله: فَهُوَ لَهُ اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبتَ الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتًا للاستحقاق وليسَ له ذلك، قلنا: بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير ثمَّ الظاهر أن تكون الأملاك في يد الملاك، وكذا الظاهر يدلُّ علىٰ أنَّ من وضعه ومعه هذا المال لينفق عليه منه، وَكَذَا إِذَا كَانَ مَشْدُودًا، أي إذا كان المال مشدودًا، عَلَىٰ دَابَّةٍ وَهُوَ عَلَيْهَا لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وكذا تكون الدابة له.

وَقِيلَ يَصْرِفُهُ بِغَيْرِ أَمْرِ القَاضِي؛ لِأَنَّهُ لِلَّقِيطِ ظَاهِرًا (وَلَهُ وِلَايَةُ الإِنْفَاقِ وَشِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ) كَالطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الإِنْفَاقِ (وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ المُلْتَقِطِ) لِانْعِدَامِ سَبَبِ الوِلَايَةِ مِنَ القَرَابَةِ وَالْمِلْكِ وَالسَّلْطَنَةِ.

قَالَ: (وَلَا تَصَرُّفُهُ فِي مَالِ المُلْتَقِطِ) اعْتِبَارًا بِالْأُمِّ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ لِتَثْمِيرِ المَالِ وَذٰلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالرَّأْيِ الكَامِلِ وَالشَّفَقَةِ الوَافِرَةِ وَالْمَوْجُودُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَحَدُهُمَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ لَهُ الهِبَةَ) ؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ مَحْضٌ وَلِهٰذَا يَمْلِكُهُ الصَّغِيرُ بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ عَاقِلًا وَتَمْلِكُهُ الأُمُّ وَوَصِيُّهَا.

قَالَ: (وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ تَثْقِيفِهِ وَحِفْظِ حَالِهِ.

قَالَ: (وَيُؤَاجِرُهُ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهٰذَا رِوَايَةُ القُدُورِيِّ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، ذَكَرَهُ فِي الكَرَاهِيَةِ وَهُوَ الأَصَحُّ، وَجْهُ الأَوَّلِ: أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَىٰ تَثْقِيفِهِ، وَوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ العَمَّ، بِخِلَافِ الأُمِّ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهُ

قوله: وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ المُلْتَقِطِ، لِانْعِدَامِ سَبَبِ الوِلَايَةِ، فإن قيل: قد أحياه بالالتقاط والتَّربية فوَجَبَ أن تثبت له الولاية كالمعتق يثبت له الولاء بالإعتاق الذي هو إحياءٌ حكمًا، قلنا: الرقيق في صفة المالية هالكٌ والمعتقُ يحدث فيه هذا الوصف واللَّقيط كان حيًّا حقيقةً ومن أهل الملك حكمًا فالملتقط لا يكون محييًا له لا حقيقةً ولا حكمًا.

قوله: بِخِلَافِ الأُمِّ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهُ، أي تملك الأمُّ إتلافَ منافعه بلا عوض

عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ فِي الكَرَاهِيَةِ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بالاستخدام فبعوض الإجارة أوْلىٰ، وإنَّما صحَّ تسليمه في حرفةٍ لأنه نافع له مطلقًا لأنه إذا كان مشغولاً بعملٍ قلَّما يشتغل بالفساد، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

كِتَابُ اللُّقَطَةِ

قَالَ: (اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا أَشْهَدَ المُلْتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَىٰ صَاحِبِهَا) لِأَنَّ الأَخْذَ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا بَلْ هُوَ الأَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّةِ العُلَمَاءِ وَهُوَ الوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلَىٰ مَا قَالُوا، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ، وَكَذٰلِكَ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهُ أَخَذَهَا لِلْمَالِكِ لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا فَصَارَ كَالْبَيِّنَةِ،

كتاب اللُّقَطَة

اللقطة المال الواقع على الأرض، سُمِّيت بِها لأنَّها تلتقطُ غالبًا أي تؤخذ وترفع، وذكر في المبسوط: اختلف الناس فيمن وجد لقطةً، فالمتقشفة يقولون: لا يحلُّ له أن يرفعها لأنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه، وذلك حرامٌ شرعًا، فكما لا يحلُّ له تناول مال الغير بغير إذنه لا يحلُّ له إثبات اليد عليه بغير إذنه، وبعض المتقدِّمين من أئمَّة التابعين كان يقول: يحلُّ له أن يرفعها والتَّرك أفضل له لأنَّ صاحبها إنَّما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه، فإذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع، والمذهب عند علمائنا وعامَّة الفقهاء رحمهم الله تعالى: أنَّ رفعها أفضل من تركها لأنه لو تركها لا تأمن من أن تصل إليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها، وإذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها إلى مالكها، ولأنه يلتزم الأمانة في رفعها والتزام أداء الأمانة تعرُّضٌ لنيل الثواب لأنه يُثاب على أداء ما يلتزمه من الأمانة فإنه يتمثَّل فيه الأمر، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وامتثال الأمر سبب لنيل الثواب.

وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرْعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدِ الشُّهُودُ عَلَيْهِ وَقَالَ الآخِذُ أَخَذْتُهُ لِلْمَالِكِ وَكَذَّبَهُ المَالِكُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَضْمَنُ وَالقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِاخْتِيَارِهِ الحِسْبَةَ دُونَ المَعْصِيَةِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ أَخْذُ مَالِ الغَيْرِ وَادَّعَىٰ مَا يُبَرِّئُهُ وَهُوَ الأَخْذُ لِمَالِكِهِ وَفِيهِ وَقَعَ الشَّكُّ فَلَا يَبْرَأُ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ الظَّاهِرِ يُعَارِضُهُ مِثْلُهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ يَكُونَ المُتَصَرِّفُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ وَيَكْفِيهِ فِي الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ مَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَنْشُدُ لُقَطَةً فَدُلُّوهُ عَلَيَّ، وَاحِدَةً كَانَتِ اللُّقَطَةُ أَوْ أَكْثَرَ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ. قَالَ: (فَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ عَرَّفَهَا أَيَّامًا، وَإِنْ كَانَتْ عَشَرَةً فَصَاعِدًا عَرَّفَهَا حَوْلًا) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهٰذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَوْلُهُ أَيَّامًا مَعْنَاهُ عَلَىٰ حَسَبِ مَا يَرَىٰ، وَقَدَّرَهُ مُحَمَّدٌ

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يَضْمَنُ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، أي مع يمينه، وذكر في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: هذا الاختلاف في الإشهاد فيما إذا أمْكَنه أن يشهد، أمَّا إذا لم يجد أحدًا يشهد عند الرفع أو خافَ أنه لو أشْهَد عند الرفع يأخذ منه الظالم فبتَرك الإشهاد لا يكون ضامنًا، وإن وجد من يشهده فلم يشهده حتَّىٰ جاوزه ضمنه لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه.

قوله: وَاحِدَةً كَانَتِ اللُّقَطَةُ أَوْ أَكْثَرَ، يعني سواءٌ كانت اللقطة من جنسٍ واحدٍ أو من أجناسٍ مختلفةٍ، كالذهب والفضَّة والثوب لأنَّ اللقطة اسم جنس فيتناول الكل.

رَحِمَهُ اللهُ فِي الأَصْلِ بِالْحَوْلِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ بَيْنَ القَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنِ التَقَطَ شَيْئًا فَلْيُعَرِّفْهُ سَنَةً مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ»، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ التَّقْدِيرَ بِالْحَوْلِ وَرَدَ فِي لُقَطَةٍ كَانَتْ مِائَةَ دِينَارٍ تُسَاوِيَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَالْعَشَرَةُ وَمَا فَوْقَهَا فِي مَعْنَى الأَلْفِ فِي تَعَلُّقِ القَطْعِ بِهِ فِي السَّرِقَةِ وَتَعَلُّقِ اسْتِحْلَالِ الفَرْجِ بِهِ وَلَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا فِي حَقِّ تَعَلُّقِ الزَّكَاةِ، فَأَوْجَبْنَا التَّعْرِيفَ بِالْحَوْلِ احْتِيَاطًا، وَمَا دُونَ العَشَرَةِ لَيْسَ فِي مَعْنَى الأَلْفِ بِوَجْهٍ مَا فَفَوَّضْنَا إِلَىٰ رَأْيِ المُبْتَلَىٰ بِهِ، وَقِيلَ الصَّحِيحُ أَنَّ شَيْئًا مِنْ هٰذِهِ المَقَادِيرِ لَيْسَ بِلَازِمٍ، وَيُفَوَّضُ إِلَىٰ رَأْيِ المُلْتَقِطِ يُعَرِّفُهَا إِلَىٰ أَنْ يَغْلِبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا بَعْدَ ذٰلِكَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهَا، وَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ شَيْئًا لَا يَبْقَىٰ عَرَّفَهُ حَتَّىٰ إِذَا خَافَ أَنْ يَفْسُدَ تَصَدَّقَ بِهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُعَرِّفَهَا فِي المَوْضِعِ الَّذِي أَصَابَهَا، وَفِي الجَامِعِ: فَإِنَّ ذٰلِكَ أَقْرَبُ إِلَى الوُصُولِ إِلَىٰ صَاحِبِهَا، وَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا كَالنَّوَاةِ وَقُشُورِ الرُّمَّانِ يَكُونُ إِلْقَاؤُهُ إِبَاحَةً حَتَّىٰ

قوله: كَالنَّوَاةِ وَقُشُورِ الرُّمَّانِ، أي في مواضعَ مختلفةٍ فوجد من ذلك شيئًا كثيرًا فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمةٌ فلا بأس بالانتفاع بها ولكنه مبقى على ملك مالكه، حتَّىٰ كان له أن يأخذه من يد الملتقط وإن وجده مجتمعًا لم يحلَّ له أن ينتفع به لأنَّ الظاهر أنَّ مالكه ما أَلْقَاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في

جَازَ الِانْتِفَاعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ وَلٰكِنَّهُ مُبْقًى عَلَىٰ مِلْكِ مَالِكِهِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ المَجْهُولِ لَا يَصِحُّ.

قَالَ: (فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا) إِيصَالًا لِلْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ وَهُوَ وَاجِبٌ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، وَذٰلِكَ بِإِيصَالِ عَيْنِهَا عِنْدَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا وَإِيصَالِ العِوَضِ وَهُوَ الثَّوَابُ عَلَى اعْتِبَارِ إِجَازَةِ التَّصَدُّقِ بِهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا رَجَاءَ الظُّفْرِ بِصَاحِبِهَا.

قَالَ: (فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا) يَعْنِي بَعْدَمَا تَصَدَّقَ بِهَا (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ) وَلَهُ ثَوَابُهَا لِأَنَّ التَّصَدُّقَ وَإِنْ حَصَلَ بِإِذْنِ الشَّرْعِ لَمْ يَحْصُلْ بِإِذْنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ إِجَازَتِهِ، وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الإِجَازَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ قِيَامِ المَحِلِّ، بِخِلَافِ بَيْعِ الفُضُولِيِّ

شرح كتاب الذبائح أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعها وأخذها ويصير ملكًا للآخذ، وكذا الجواب في التقاط السَّنابل، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ، كذا في الذخيرة.

قوله: وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الإِجَازَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ قِيَامِ المَحِلِّ، أي قيام المحلِّ الذي تصدق على الفقير، حتّىٰ لو أجاز بعد ما تلف المال في يد الفقير تصحُّ الإجازة، بخلاف إجازة بيع الفضوليِّ فإنه يشترَط فيه قيام المحل وهو المبيع لثبوت الملك فيه بعد الإجازة، وهذا لأنَّ التصدق لو حصل بإذن الشارع والمالك يثبت للفقير ملكٌ لازمٌ، ولو حصل بغير إذنهما لا يقع الملك للفقير قبل الإجازة، كما في بيع الفضوليِّ، فإذا حَصَلَ بإذن الشارع وبغير إذن المالك وفَّرنا على الأمرين حظَّهما فقلنا من حيث إنَّ

لِثُبُوتِهِ بَعْدَ الإِجَازَةِ فِيهِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ المُلْتَقِطُ لِأَنَّهُ سَلَّمَ مَالَهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ) إِلَّا أَنَّهُ بِإِبَاحَةٍ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ، وَهٰذَا لَا يُنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا فِي تَنَاوُلِ مَالِ الغَيْرِ حَالَةَ المَخْمَصَةِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ المِسْكِينُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا أَخَذَهُ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الِالْتِقَاطُ فِي الشَّاةِ وَالْبَقَرِ وَالْبَعِيرِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِذَا وُجِدَ البَعِيرُ وَالْبَقَرُ فِي الصَّحْرَاءِ فَالتَّرْكُ أَفْضَلُ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الفَرَسُ، لَهُمَا أَنَّ الأَصْلَ فِي أَخْذِ مَالِ الغَيْرِ الحُرْمَةُ وَالْإِبَاحَةُ مَخَافَةَ الضَّيَاعِ، وَإِذَا كَانَ مَعَهَا مَا تَدْفَعُ عَنْ

التصدُّق حَصَلَ بإذن الشرع يملكه الفقير قبل الإجازة، ومن حيث إنه بدون إذن المالك يثبت للفقير ملك غير لازم.

قوله: وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ المُلْتَقِطُ، فإن قيل: كيف يضمنه وقد تصدَّق بإذن الشرع؟ قلنا: الشرع أباح له التصدق وما ألزمه ذلك، ومثل هذا الإذن مسقطٌ للإثم عنه غير مسقط للضمان حقًّا لصاحب المال كتناول المضطرِّ مالَ الغير، وإن شاء ضمن المسكين لأنه قبض مال الغير لنفسه بغير إذنه، فإن كان قائمًا أخذه لأنه وجد عين ماله فهو أحقُّ به وأيُّهما ضمنه لم يرجع على الآخر بشيءٍ، أمَّا المسكين فلأنه في القبض عاملٌ لنفسه فلا يرجع بما لَحِقَه من الضمان علىٰ غيره، وأمَّا الملتقط فلأنه بالضمان قد ملك وظَهَر أنه تصدَّق بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشيءٍ.

قوله: وَإِذَا كَانَ مَعَهَا - أي مع اللقطة - مَا تَدْفَعُ - به - عَنْ نَفْسِهَا، كالقرن

نَفْسِهَا يَقِلُّ الضَّيَاعُ وَلٰكِنَّهُ يُتَوَهَّمُ فَيُقْضَىٰ بِالْكَرَاهَةِ وَالنَّدْبِ إِلَى التَّرْكِ، وَلَنَا أَنَّهَا لُقَطَةٌ يُتَوَهَّمُ ضَيَاعُهَا فَيُسْتَحَبُّ أَخْذُهَا وَتَعْرِيفُهَا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ كَمَا فِي الشَّاةِ (فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُلْتَقِطُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الحَاكِمِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) لِقُصُورِ وِلَايَتِهِ عَنْ ذِمَّةِ المَالِكِ، وَإِنْ أَنْفَقَ بِأَمْرِهِ كَانَ ذٰلِكَ دَيْنًا عَلَىٰ صَاحِبِهَا لِأَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةً فِي مَالِ الغَائِبِ نَظَرًا لَهُ وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي الإِنْفَاقِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ.

(وَإِذَا رُفِعَ ذٰلِكَ إِلَى الحَاكِمِ نَظَرَ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنْفَعَةٌ آجَرَهَا وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ أُجْرَتِهَا) لِأَنَّ فِيهِ إِبْقَاءَ العَيْنِ عَلَىٰ مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ إِلْزَامِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ وَكَذٰلِكَ يُفْعَلُ بِالْعَبْدِ الآبِقِ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ وَخَافَ أَنْ تَسْتَغْرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا بَاعَهَا وَأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا) إِبْقَاءً لَهُ مَعْنًى عِنْدَ تَعَذُّرِ إِبْقَائِهِ صُورَةً (وَإِنْ كَانَ الأَصْلَحُ الإِنْفَاقَ عَلَيْهَا أَذِنَ فِي ذٰلِكَ وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَىٰ مَالِكِهَا) لِأَنَّهُ نَصَبَ نَاظِرًا وَفِي هٰذَا نَظَرٌ مِنَ الجَانِبَيْنِ، قَالُوا: إِنَّمَا يَأْمُرُ بِالْإِنْفَاقِ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَىٰ قَدْرِ مَا يَرَىٰ رَجَاءَ أَنْ يَظْهَرَ مَالِكُهَا، فَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ يَأْمُرُ بِبَيْعِهَا

في حقِّ البقر وزيادة القوَّة في حقِّ البعير بعدوِه وكدمه ونفحه، فَيُقْضَىٰ بِالْكَرَاهَةِ، أي بكراهة الأخذ.

قوله: وَفِي هٰذَا نَظَرٌ مِنَ الجَانِبَيْنِ، أي من جانب المالك بإبقاء عين ماله له، ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنْفَق على اللقطة.

لِأَنَّ دَارَّةَ النَّفَقَةِ مُسْتَأْصَلَةٌ فَلَا نَظَرَ فِي الإِنْفَاقِ مُدَّةً مَدِيدَةً.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَفِي الأَصْلِ شَرْطُ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ غَصْبًا فِي يَدِهِ فَلَا يَأْمُرُ فِيهِ بِالْإِنْفَاقِ وَإِنَّمَا يَأْمُرُ بِهِ فِي الوَدِيعَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ البَيِّنَةِ لِكَشْفِ الحَالِ وَلَيْسَتِ البَيِّنَةُ تُقَامُ لِلْقَضَاءِ، وَإِنْ قَالَ: «لَا بَيِّنَةَ لِي» بِقَوْلِ القَاضِي لَهُ: «أَنْفِقْ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتَ صَادِقًا فِيمَا قُلْتَ» حَتَّىٰ تَرْجِعَ عَلَى المَالِكِ إِنْ كَانَ صَادِقًا، وَلَا يَرْجِعُ إِنْ كَانَ غَاصِبًا، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: «وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَىٰ صَاحِبِهَا» إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى المَالِكِ بَعْدَ مَا حَضَرَ وَلَمْ تُبَعْ اللُّقَطَةُ إِذَا شَرَطَ القَاضِي الرُّجُوعَ عَلَى المَالِكِ، وَهٰذِهِ رِوَايَةٌ وَهُوَ الأَصَحُّ.

قوله: وَفِي الأَصْلِ شَرْطُ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ، أي يقيم الملتقطُ البينةَ علىٰ أنَّ هذه الدابة لقطةٌ عندي.

قوله: وَلَيْسَتِ البَيِّنَةُ تُقَامُ لِلْقَضَاءِ، جوابٌ لسؤالٍ وهو أن يقال: إنَّ البينة لا تقبل من غير خصمٍ حاضرٍ ولا خصمَ هٰهنا، قلنا: هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بشرطٍ.

قوله: وَهٰذِهِ رِوَايَةٌ وَهُوَ الأَصَحُّ، هذه هي الرواية التي ذكرناها في مسئلة اللقيط من المبسوط بأنَّ الأصحَّ أن يأمر القاضي الملتقط بالإنفاق علىٰ أن يكون ذلك دينًا على اللَّقيط فحينئذٍ يرجع على اللقيط وإلَّا فلا، وهذا احترازٌ عن قول بعض أصحابنا أنَّ مجرَّد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي للرجوع، وإنَّما قال لم تبع اللقطة لأنَّ القاضي لو رأى المصلحة في بيع اللقطة بعدما أنْفَق الملتقط عليها يومًا أو يومين فله ذلك، ودين الملتقط

قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ) يَعْنِي (الْمَالِكُ فَلِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْهُ حَتَّىٰ يُحْضِرَ النَّفَقَةَ) لِأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفَقَتِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اسْتَفَادَ المِلْكَ مِنْ جِهَتِهِ فَأَشْبَهَ المَبِيعَ؛ وَأَقْرَبُ مِنْ ذٰلِكَ رَادُّ الآبِقِ فَإِنَّ لَهُ الحَبْسَ لِاسْتِيفَاءِ الجُعْلِ لِمَا ذَكَرْنَا، ثُمَّ لَا يَسْقُطُ دَيْنُ النَّفَقَةِ بِهَلَاكِهِ فِي يَدِ المُلْتَقِطِ قَبْلَ الحَبْسِ، وَيَسْقُطُ إِذَا هَلَكَ بَعْدَ الحَبْسِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِالْحَبْسِ شَبِيهَ الرَّهْنِ.

قَالَ: (وَلُقَطَةُ الحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجِبُ التَّعْرِيفُ فِي لُقَطَةِ الحَرَمِ إِلَىٰ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي الحَرَمِ «وَلَا يَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ» وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَلِأَنَّهَا لُقَطَةٌ، وَفِي التَّصَدُّقِ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ إِبْقَاءُ مِلْكِ المَالِكِ مِنْ وَجْهٍ فَيَمْلِكُهُ كَمَا فِي سَائِرِهَا، وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ

يؤدىٰ من ثمن اللقطة.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفَقَتِهِ.

قوله: وَلَا يَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ، يقال أنشدت الضالة أي عرَّفتها، ويقال نشدتُها أي طلبتها، كذا في الصحاح، ثم معنى الحديث: ولا تحلُّ لقطتها أي لقطة مكَّة، إلَّا لمنشدها أي لطالبها وهو المالك عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ، وعندنا المراد من المنشد المعرف، ولهذا ذكر في رواية أخرىٰ: ولا يلتقط لقطة إلَّا من عرفها، والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه باعتبار أنَّها للغرباء ظاهرًا فيناول ويقول أنَّ مالكها ذهب ظاهرًا فلم نحتج إلى التعريف، العفاص: الوعاء الذي تكون فيه اللقطة من جلدٍ أو خرقةٍ أو غير ذلك،

لَا يَحِلُّ الِالْتِقَاطُ إِلَّا لِلتَّعْرِيفِ، وَالتَّخْصِيصُ بِالْحُرْمِ لِبَيَانِ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ التَّعْرِيفُ فِيهِ لِمَكَانِ أَنَّهُ لِلْغُرَبَاءِ ظَاهِرًا.

(وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ فَادَّعَى اللُّقَطَةَ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّىٰ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ، فَإِنْ أَعْطَىٰ عَلَامَتَهَا حَلَّ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ عَلَىٰ ذٰلِكَ فِي الْقَضَاءِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ: يُجْبَرُ، وَالْعَلَامَةُ مِثْلُ أَنْ يُسَمِّيَ وَزْنَ الدَّرَاهِمِ وَعَدَدَهَا وَوِكَاءَهَا وَوِعَاءَهَا، لَهُمَا أَنَّ صَاحِبَ الْيَدِ يُنَازِعُهُ فِي الْيَدِ وَلَا يُنَازِعُهُ فِي الْمِلْكِ، فَيُشْتَرَطُ الْوَصْفُ لِوُجُودِ الْمُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهٍ، وَلَا تُشْتَرَطُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ لِعَدَمِ الْمُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهٍ، وَلَنَا أَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالْمِلْكِ فَلَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ وَهُوَ الْبَيِّنَةُ اعْتِبَارًا بِالْمِلْكِ إِلَّا أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الدَّفْعُ عِنْدَ إِصَابَةِ الْعَلَامَةِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ» وَهٰذَا لِلْإِبَاحَةِ عَمَلًا بِالْمَشْهُورِ وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» الْحَدِيثَ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا إِذَا كَانَ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ اسْتِيثَاقًا، وَهٰذَا بِلَا خِلَافٍ، لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْكَفِيلَ لِنَفْسِهِ، ....

يقال: أوكى السقاء، إذا شدَّه بالوكاء وهو الرباط الذي يشدُّ به.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالْمِلْكِ، بدليل أنه يجب الضمان في غصب المدبر باعتبار إزالة اليد لِمَا أنَّ المدبر غير قابل للنقل ملكـًا.

بِخِلَافِ التَّكْفِيلِ لِوَارِثٍ غَائِبٍ عِنْدَهُ، وَإِذَا صُدِّقَ قِيلَ لَا يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ كَالْوَكِيلِ بِقَبْضِ الوَدِيعَةِ إذَا صَدَّقَهُ، وَقِيلَ يُجْبَرُ لِأَنَّ المَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ وَالْمُودِعُ مَالِكٌ ظَاهِرًا، وَلَا يَتَصَدَّقُ بِاللُّقَطَةِ عَلَىٰ غَنِيٍّ لِأَنَّ المَأْمُورَ بِهِ هُوَ التَّصَدُّقُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فَإِنْ لَمْ يَأْتِ» يَعْنِي صَاحِبَهَا، «فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ» وَالصَّدَقَةُ لَا تَكُونُ

قوله: بِخِلَافِ التَّكْفِيلِ لِوَارِثٍ غَائِبٍ عِنْدَهُ، أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وصورة ذلك ميراث قسم بين الغرماء أو بين الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يؤخذ، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ حق الحاضر هنا ليسَ بثابتٍ، ولهذا كان له أن لا يدفع إليه المال لأنَّ الكلام في الدفع إليه بذكر العلامة، وأمَّا في مسئلة الوارث فحقُّ الحاضر معلومٌ وحقُّ الآخر موهومٌ وعسىٰ أن لا يكون فلا يجوز تأخير حقُّ الحاضر إلىٰ وقت التكفيل لأمرٍ محتمل لا أمارةَ عليه، هذا إذا دفع اللُّقطة بذكر عسى أن تكون العلامة، وأمَّا إذا دفع اللقطة بحكم أنَّ الحاضر أقام البينة علىٰ أنَّها له ففي أخذ الكفيل روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً.

قوله: وَقِيلَ يُجْبَرُ لِأَنَّ المَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ، فلمَّا لم يكن ظاهرًا جازَ أن يكون المالك هو الذي حضر، فلمَّا أقرَّ الملتقط بأنه هو المالك كان إقراره ملزمًا إيَّاه الدفع إليه، ثمَّ في الوديعة إذا دفع إليه بعد ما صدّقه وهلك في يده ثمَّ حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليسَ له أن يرجع على الوكيل بشيءٍ، وههنا للملتقط أن يرجع على القابض لأنَّ هناكَ في زعم المودع أنَّ الوكيل عاملٌ للمودع في قبضه له بأمره وأنه ليس بضامنٍ بل المودع ظالمٌ في تضمينه إيَّاه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره، وههنا في زعمه أنَّ القابض

عَلَىٰ غَنِيٍّ فَأَشْبَهَ الصَّدَقَةَ المَفْرُوضَةَ.

(وَإِنْ كَانَ المُلْتَقِطُ غَنِيًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ أُبَيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ وَإِلَّا فَانْتَفِعْ بِهَا» وَكَانَ مِنَ المَيَاسِيرِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ حَمْلًا لَهُ عَلَىٰ رَفْعِهَا صِيَانَةً لَهَا وَالْغَنِيُّ يُشَارِكُهُ فِيهِ، وَلَنَا أَنَّهُ مَالُ الغَيْرِ فَلَا يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ لِإِطْلَاقِ النُّصُوصِ وَالْإِبَاحَةُ لِلْفَقِيرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ، أَوْ بِالْإِجْمَاعِ فَيَبْقَىٰ مَا وَرَاءَهُ عَلَى الأَصْلِ، وَالْغَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى الأَخْذِ لِاحْتِمَالِ افْتِقَارِهِ فِي مُدَّةِ التَّعْرِيفِ، وَالْفَقِيرُ قَدْ يَتَوَانَى لِاحْتِمَالِ اسْتِغْنَائِهِ فِيهَا وَانْتِفَاعُ أُبَيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ بِإِذْنِ الإِمَامِ وَهُوَ جَائِزٌ بِإِذْنِهِ.

عامل لنفسه وأنه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمنه، كذا في المبسوط.

قوله: حَمْلًا لَهُ عَلَىٰ رَفْعِهَا، أي ليكون حاملاً وباعثًا علىٰ رفعها.

قوله: لِإِطْلَاقِ النُّصُوصِ، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩] وقوله: ﴿وَلَا تَعۡتَدُوٓاْۚ﴾ [البقرة: ١٩٠] وقوله: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة: ١٩٤].

قوله: وَانْتِفَاعُ أُبَيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كَانَ بِإِذْنِ الإِمَامِ، أي انتفع أُبيٌّ بها بحكم القرض

(وَإِنْ كَانَ المُلْتَقِطُ فَقِيرًا فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا) لِمَا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ وَلِهٰذَا جَازَ الدَّفْعُ إِلَىٰ فَقِيرٍ غَيْرِهِ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الفَقِيرُ أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ وَإِنْ كَانَ هُوَ غَنِيًّا) لِمَا ذَكَرْنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

بإذن الإمام، وله أن يقرض اللقطة من الملتقط ومن غيره ولا كلامَ فيه، وإنَّما الكلام فيما إذا انتفع بحكم القرض بغير إذن الإمام علىٰ أنه يحتمل أنه علم فقره وحاجته لديون عليه فأذن له فِي الانتفاع بِها وخلطها بماله، ويحتمل أنَّ ماله دون النصاب، ويحتمل أنَّ ذلك المال كان لحربيٍّ لا أمانَ له، وذلك لأنَّ دار الإسلام يومئذٍ لم يكن فيها منعة وقد عرفها ثلاث سنين فكان الظاهر أنَّها لو كانت لمسلمٍ لظَهَر، فلمَّا لم يظهر علم أنَّها كانت لكافر وقد سبقت إليه يدُه فجعله أحقَّ به لهذا، وإليه أشارَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: «فإنَّه رزقٌ ساقه الله إليكَ» ولكن مع هذا أمره بأن يُعَرِّف.

قوله: مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ، وهو نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط، لِمَا ذَكَرْنَا، أي من تحقيق النظر من الجانبين، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الإِبَاقِ

(الآبِقُ أَخْذُهُ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَنْ يَقْوَىٰ عَلَيْهِ) لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَائِهِ، وَأَمَّا الضَّالُّ فَقَدْ قِيلَ كَذٰلِكَ، وَقَدْ قِيلَ تَرْكُهُ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ المَالِكُ وَلَا كَذٰلِكَ الآبِقُ، ثُمَّ آخِذُ الآبِقِ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ حِفْظِهِ بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ اللُّقَطَةِ، ثُمَّ إِذَا رُفِعَ الآبِقُ إِلَيْهِ يَحْبِسُهُ، وَلَوْ رُفِعَ الضَّالُّ لَا يَحْبِسُهُ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَى الآبِقِ الإِبَاقُ ثَانِيًا، بِخِلَافِ الضَّالِّ.

قَالَ: (وَمَنْ رَدَّ الآبِقَ عَلَىٰ مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ جُعْلُهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَإِنْ رَدَّهُ لِأَقَلَّ مِنْ ذٰلِكَ فَبِحِسَابِهِ) وَهٰذَا

كتاب الإباق

الآبِقُ: هو المملوك الذي فرَّ من صاحبه تمرُّدًا وعنادًا، والضالُّ هو الذي ضلَّ الطريق إلىٰ منزله.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَائِهِ، لأنَّ الآبق هالكٌ في حقِّ المولىٰ فيكون الردُّ إحياءً له.

قوله: ثُمَّ آخِذُ الآبِقِ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ، هذا اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ، وأمَّا اختيار شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى أنَّ الرادَّ بالخيار إن شاءَ حفظ بنفسه وإن شاء رفعه إلى الإمام، وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار.

اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا بِالشَّرْطِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِمَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ العَبْدَ الضَّالَّ، وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ - رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ - اتَّفَقُوا عَلَىٰ وُجُوبِ أَصْلِ الجُعْلِ، إِلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا

قوله: إِلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا دُونَهَا، فقال بعضهم: دينار أو اثنا عشر درهمًا، وقال علي رضي الله تعالىٰ عنه: دينار أو عشرة دراهم، وقال عمَّار رضي الله تعالىٰ عنه: إن أخذه في المصر فله عشرة دراهم، وإن أخذه خارجًا من المصر فله أربعون درهمًا، وقال ابن مسعود رضي الله تعالىٰ عنه: حين قدم رجل بإباق من القوم فقال القوم: لقد أصاب أجرًا وجعلاً إن شاء من كل رأس أربعين درهمًا فأخذنا بإجماعهم في إيجاب أصل الجعل، وكفىٰ بإجماعهم حجَّةً، ورجَّحنا قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في مقداره لأنه قال في مجلسه ذلك واشتهر منه ولم ينكر عليه أحدٌ، فإن قيل: ينبغي أن يؤخذ بالأقلِّ المتيقن لا بالأكثر المشكوك، قلنا: إنَّما لم يأخذ بالأقلِّ لأنَّ التوفيقَ بين أقاويلهم ممكنٌ بأن يحمل قول من أفتىٰ بالأكثر على ما إذا ردَّه من مسيرة السفر، ولأنَّ نصب المقادير بالرأي لا يكون فلا طريقَ لِمَا ثبت عنهم في الفتوى إلا السماع فكان كُلاً منهم روىٰ ما قاله عن النبي عليه الصلاة والسلام، والمثبت للزيادة من الأخبار عند التعارض أَوْلىٰ فلذا أخذنا بالأكثر، وإذا أتىٰ رجلٌ بعبدٍ آبقٍ فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البينة أنه عبده فإنه يستحلفه بالله ما بعتُه ولا وهبته ثمَّ يدفعه إليه، وذلك لأنه لمَّا أقام البينة فقد أثبت ملكه فيه بالحجَّة إلَّا أنه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك، فإن قيل: كيف يستحلفه وليسَ ههنا خصم يدعي ذلك؟ قلنا: يستحلفه صيانةً لقضاء نفسه، والقاضي مأمورٌ بأن يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الإمكان، أو يستحلفه نظرًا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتَر أو موهوب له، فإذا حلف دفعه إليه، وفي أخذ

دُونَهَا، فَأَوْجَبْنَا الأَرْبَعِينَ فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوْفِيقًا وَتَلْفِيقًا بَيْنَهُمَا، وَلِأَنَّ إِيجَابَ الجُعْلِ أَصْلُهُ حَامِلٌ عَلَى الرَّدِّ إِذِ الحِسْبَةُ نَادِرَةٌ فَتَحْصُلُ صِيَانَةُ أَمْوَالِ النَّاسِ وَالتَّقْدِيرُ بِالسَّمْعِ وَلَا سَمْعَ فِي الضَّالِّ فَامْتَنَعَ، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَىٰ صِيَانَةِ الضَّالِّ دُونَهَا إِلَىٰ صِيَانَةِ الآبِقِ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَارَىٰ وَالْآبِقُ يَخْتَفِي، وَيُقَدَّرُ الرَّضْخُ فِي الرَّدِّ عَمَّا دُونَ السَّفَرِ بِاصْطِلَاحِهِمَا أَوْ يُفَوَّضُ إِلَى رَأْيِ القَاضِي وَقِيلَ تُقَسَّمُ الأَرْبَعُونَ عَلَى الأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ إِذْ هِيَ أَقَلُّ مُدَّةِ السَّفَرِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ يُقْضَىٰ لَهُ بِقِيمَتِهِ إِلَّا دِرْهَمًا) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهٰذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِهَا ثَبَتَ بِالنَّصِّ فَلَا يَنْقُصُ

الكفيل منه روايتان وهو الأصح، وإن لم يكن للمدعي بينة ولكن أقرَّ العبد أنه عبده فإنه يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلاً، أمَّا الدفع إليه فلِأنَّ العبد في يد نفسه وقد أقرَّ أنه مملوكه، ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولاً فكذلك إذا أقرَّ أنه مملوكٌ له، وأما أخذ الكفيل فلأنَّ الدفع إليه بما ليسَ بحجَّة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون التكفيل، بخلاف الأول فإنَّ الدفع هناك بحجة ثابتة عند القاضي، كذا في المبسوط، وإذا كان الآبق بين رجلين فالجعل عليهما علىٰ قدر أنصبائهما، فإن كان أحد الموليين حاضرًا والآخر غائبًا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطيه الجعل كله، وإذا أعطاه لم يكن متبرعًا، وإذا قال الرجل لغيره: إنَّ عبدي قد أبق فإن وجدته فخذه، فقال المأمور نعم، ثمَّ قال إنَّ المأمور وجده على مسيرة ثلاثة أيام فأخذه وردَّه على المولىٰ فلا جعل له لأنَّ المولى قد استعان منه في ردِّ الآبق وقد

عَنْهَا وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى الزِّيَادَةِ، بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَلَى الأَقَلِّ لِأَنَّهُ حَطٌّ مِنْهُ، وَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَقْصُودَ حَمْلُ الغَيْرِ عَلَى الرَّدِّ لِيَحْيَا مَالُ المَالِكِ فَيَنْقُصُ دِرْهَمٌ لِيَسْلَمَ لَهُ شَيْءٌ تَحْقِيقًا لِلْفَائِدَةِ، وَأُمُّ الوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ فِي هٰذَا بِمَنْزِلَةِ القِنِّ إِذَا كَانَ الرَّدُّ فِي حَيَاةِ المَوْلَىٰ لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءِ مِلْكِهِ؛ وَلَوْ رَدَّ بَعْدَ مَمَاتِهِ لَا جُعْلَ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا

وعد الإعانة والمعين لا يستحقُّ شيئًا.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى الزِّيَادَةِ، أي لا يجوز الصلح مع الرادِّ على الزيادة علىٰ أربعين لأنه يتضمن بطلان التقدير الثابت شرعًا، ولا كذلك الصلح على الأقل لأنَّ له أن لا يأخذ شيئًا أصلاً فله أن يحط، والجواب لمحمد رحمه الله تعالىٰ أنَّ المطلق قد يتقيَّد بدلالة الفرض كالأذان فإنه شرع جهرًا مع أنَّ الأصل في الأذكار الإخفاء فيتقيَّد النصُّ بما إذا كانت قيمته أكثر من أربعين.

قوله: تَحْقِيقًا لِلْفَائِدَةِ، والجواب عنه أنَّ الفائدة تجعل بالاكتساب لأنَّ كسبه يزيد علىٰ قيمته ظاهرًا، ولهذا قلنا بوجوب الجعل في أمِّ الولد.

قوله: وَأُمُّ الوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ فِي هٰذَا بِمَنْزِلَةِ القِنِّ، لأنَّهما مملوكان للمولىٰ وهو يستكسبهما بمنزلة القنِّ، فإن قيل: الجعل يجب بإحياء المالية ولا ماليةَ لأمِّ الولد خصوصًا عند أبي حنيفة رحمة الله تعالىٰ عليه، قلنا: المالك أحقُّ بكسبها ولها مالية باعتبار كسبها وقد أحياه الراد بالردِّ فيستوجب الجعل عليه، فإن مات المولىٰ قبل أن يصلا إليه فلا جعل له لأنَّهما عتقا بموته وراد الحرِّ لا يستوجب الجعل، وهذا ظاهر في أمِّ الولد وكذا في المدبر إذا خرج من الثلث وإن لم يخرج فكذلك عندهما لأنه حرٌّ مديونٌ وعنده يصير كالمكاتب، ولا جعل لراد المكاتب لأنه أحقُّ بكسبه فلا يكون راده

يُعْتَقَانِ بِالْمَوْتِ بِخِلَافِ القِنِّ، وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَا المَوْلَىٰ أَوِ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ فَلَا جُعْلَ لِأَنَّ هٰؤُلَاءِ يَتَبَرَّعُونَ بِالرَّدِّ عَادَةً وَلَا يَتَنَاوَلُهُمْ إِطْلَاقُ الكِتَابِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَبَقَ مِنَ الَّذِي رَدَّهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ

محييًا لماليته باعتبار الرقبة والكسب.

قوله: وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَا المَوْلَىٰ، أَوِ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ، وهو راجعٌ إلىٰ أحدهما أيهما كان، لأنه ذكر بكلمة «أو»، والجملة في ذلك أنَّ الراد إذا كان في عيال مالك العبد أي في مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان ذلك الرادُّ أبًا للمالك أو ابنًا له، وأمَّا إذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل، إن كان الراد ابن المالك فلا جعل له أيضًا، وإن كان أباه فله الجعل، وذكر في المبسوط: جواب القياس بأنَّ الراد الذي هو ذو رحمٍ محرمٍ من المالك يستحقُّ الجعل في جميع ذلك إذا لم يكن في عياله، ثم قال: ولكنه استحسن فقال: إذا وجد عند أبيه وهو في عياله أو ليس في عياله فلا جعل له لأنَّ رد الآبق على أبيه من جملة خدمته وخدمة الأب مستحقة على الابن، فأمَّا إذا وجد الأب عبد ابنه فإن كان في عيال ابنه فلا جعل له لأنَّ آبق الرجل إنما يطلبه من في عياله، ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلاً آخر، وإن لم يكن الأب في عياله فله الجعل لأنَّ خدمة الابن غير مستحقة على الأب.

قوله: يَتَبَرَّعُونَ بِالرَّدِّ عَادَةً، فإن قيل: طلبهم الجعل دليلٌ على أنَّهم لم يتبرَّعوا، قلنا: من الجائز أنَّهم تبرعوا في الردِّ ثم ندموا لبعض الأسباب، فعلى هذا الوجه لا يجب فلا يجب بالشكِّ والاحتمال.

قوله: وَلَا يَتَنَاوَلُهُمْ إِطْلَاقُ الكِتَابِ، يعني قوله: ومن ردَّ الآبق على مولاه.

لٰكِنَّ هٰذَا إِذَا أَشْهَدَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي اللُّقَطَةِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ، وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَائِعِ مِنَ المَالِكِ، وَلِهٰذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الآبِقَ حَتّٰى يَسْتَوْفِيَ الجُعْلَ بِمَنْزِلَةِ البَائِعِ بِحَبْسِ المَبِيعِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ فِي يَدِهِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَلَوْ أَعْتَقَهُ المَوْلَىٰ كَمَا لَقِيَهُ صَارَ قَابِضًا بِالْإِعْتَاقِ) كَمَا فِي العَبْدِ المُشْتَرَىٰ، وَكَانَ إِذَا بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ لِسَلَامَةِ البَدَلِ لَهُ، وَالرَّادُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ البَيْعِ لٰكِنَّهُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ

قوله: هٰذَا إِذَا أَشْهَدَ، وإن ادَّعىٰ أنه أخذه للردِّ ولكن ترك الاشهاد مع الإمكان فهو على الخلاف المذكور في اللقطة، هذا إذا علم أنه كان آبقًا، وإن أنكر المولىٰ أن يكون العبد آبقًا فالقول قوله لأنَّ السبب الموجب للضمان قد ظَهَر من الأخذ وهو ادَّعَى الإذن من المالك في أخذه وأنكر المالك، وعلىٰ هذا لو ردَّه فأنكَر المولىٰ أن يكون عبده آبقًا فلا جُعل له إلا أن يشهد الشهود بأنه آبِقٌ من مولاه وأنَّ مولاه أقرَّ بإباقه فحينئذٍ يجب له الجعل، كذا في المبسوط.

قوله: فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي في نسخ المختصر للقدوري رحمه الله تعالىٰ، ولو أعتقه المولىٰ كما لقيه صار قابضًا، بخلاف ما إذا دبره وكذا إذا باعه من الرادِّ أي يصير قابضًا ويجب الجعل، بخلاف ما إذا وهبه من الرادُّ حيث لا يصير قابضًا قبل الوصول إلىٰ يده.

قوله: وَالرَّدُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ البَيْعِ لٰكِنَّهُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ، جوابٌ لسؤالٍ يرد بناءً علىٰ قوله: لأنه في معنى البائع من المالك فكان ينبغي أن لا يجوز بيع المالك منه قبل

الوَارِدِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ فَجَازَ.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي إِذَا أَخَذَهُ أَنْ يُشْهِدَ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ) فَالْإِشْهَادُ حَتْمٌ فِيهِ عَلَيْهِ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، حَتَّىٰ لَوْ رَدَّهُ مَنْ لَمْ يُشْهِدْ وَقْتَ الأَخْذِ لَا جُعْلَ لَهُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ تَرْكَ الإِشْهَادِ أَمَارَةٌ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ مِنَ الآخِذِ أَوِ اتَّهَبَهُ أَوْ وَرِثَهُ فَرَدَّهُ عَلَىٰ مَوْلَاهُ لَا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّهُ رَدَّهُ لِنَفْسِهِ، إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِيَرُدَّهُ فَيَكُونُ لَهُ الجُعْلُ وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ.

(وَإِنْ كَانَ الآبِقُ رَهْنًا فَالْجُعْلُ عَلَى المُرْتَهِنِ) لِأَنَّهُ أَحْيَا مَالِيَّتَهُ بِالرَّدِّ وَهِيَ حَقُّهُ، إِذِ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهَا وَالْجُعْلُ بِمُقَابَلَةِ إِحْيَاءِ المَالِيَّةِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ، وَالرَّدُّ فِي حَيَاةِ الرَّاهِنِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ، لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَبْطُلُ

القبض بأنه بيع من وجهٍ فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز، فإن قيل: الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات، قلنا: هذه شبهة الشبهة ولا عبْرَة لها، وهذا لأنه لو شرط رضى المالك تنصيصًا لَتحققت الشبهة لأنه ملكه حقيقةً فعند عدم الرضا تتحقق شبهة الشبهة.

قوله: لِأَنَّ تَرْكَ الإِشْهَادِ أَمَارَةٌ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ، لأنَّ الأصل أن يكون الإنسان عاملاً لنفسه.

قوله: لِأَنَّهُ رَدَّهُ لِنَفْسِهِ، لأنه بالأخذ علىٰ هذا صار ضامنًا، ولمَّا ردَّه كان ردُّه لإسقاط الضمان عن ذمته فكان رادًّا لنفسه والمراد من الشراء صورته وإلَّا فهذا التصرف لا يكون شراءً حقيقةً لعدم الملك فكذلك الاتِّهاب والإرث.

بِالْمَوْتِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ، فَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ فَبِقَدْرِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ وَالْبَاقِي عَلَى الرَّاهِنِ لِأَنَّ حَقَّهُ بِالْقَدْرِ المَضْمُونِ فَصَارَ كَثَمَنِ الدَّوَاءِ وَتَخْلِيصُهُ عَنِ الجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مَدْيُونًا فَعَلَى المَوْلَىٰ إِنِ اخْتَارَ قَضَاءَ الدَّيْنِ، وَإِنْ بِيعَ بُدِئَ بِالْجُعْلِ وَالْبَاقِي لِلْغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ المِلْكِ وَالْمِلْكُ فِيهِ كَالْمَوْقُوفِ فَتَجِبُ عَلَىٰ مَنْ يَسْتَقِرُّ لَهُ، وَإِنْ كَانَ جَانِيًا فَعَلَى المَوْلَىٰ إِنِ اخْتَارَ الفِدَاءَ لِعَوْدِ المَنْفَعَةِ إِلَيْهِ، وَعَلَى الأَوْلِيَاءِ إِنِ اخْتَارَ الدَّفْعَ لِعَوْدِهَا إِلَيْهِمْ، وَإِنْ كَانَ مَوْهُوبًا فَعَلَى المَوْهُوبِ لَهُ، وَإِنْ رَجَعَ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ بَعْدَ الرَّدِّ لِأَنَّ المَنْفَعَةَ لِلْوَاهِبِ مَا حَصَلَتْ بِالرَّدِّ بَلْ بِتَرْكِ المَوْهُوبِ لَهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَعْدَ

قوله: فَصَارَ كَثَمَنِ الدَّوَاءِ، يعني مداواة الجروح والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية ينقسم على الأمانة والمضمون، فكذا هذا.

قوله: وَإِنْ كَانَ مَدْيُونًا، أي العبد الآبق إذا كان مديونًا بأن كان مأذونًا فلحقه في التجارة أو استهلك مال الغير وأقرَّ به مولاه.

قوله: فَعَلَى المَوْهُوبِ لَهُ، وَإِنْ رَجَعَ الوَاهِبُ، أي يجب الجعل على الموهوب له وإن رجع الواهب في هبته بعد الردِّ، وإنَّما ذكر هذا لدفع شبهةٍ ترد علىٰ ما ذكر قبله فيجب على من يستقرُّ الملك له، وقوله: فَعَلَى المَوْلَىٰ إِنِ اخْتَارَ الفِدَاءَ لِعَوْدِ المَنْفَعَةِ إِلَيْهِ، فعلىٰ هذا كان ينبغي أن يجب الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقِّه، فأجاب عنه بِأَنَّ المَنْفَعَةَ لِلْوَاهِبِ مَا حَصَلَتْ بِالرَّدِّ، أي بردِّ الآبق، بَلْ بِتَرْكِ المَوْهُوبِ لَهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَعْدَ الرَّدِّ، من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن

الرَّدِّ، وَإِنْ كَانَ لِصَبِيٍّ فَالْجُعْلُ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ مِلْكِهِ، وَإِنْ رَدَّهُ وَصِيُّهُ فَلَا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّى الرَّدَّ فِيهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك، فإن قيل: المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو الرد وترك الموهوب له التصرف، قلنا: نعم ولكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجودًا فيضاف الحكم إليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق إلى آخرهما وجودًا، كذا هنا.

قوله: لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّى الرَّدَّ فِيهِ، وكذلك إن كان اليتيم في حجر رجل يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لأنه هو الذي يطلبه عادةً، وكذلك لا جعل للسلطان إذا ردَّ آبقًا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

كِتَابُ المَفْقُودِ

(إِذَا غَابَ الرَّجُلُ فَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَوْضِعٌ وَلَا يُعْلَمُ أَحَيٌّ هُوَ أَمْ مَيِّتٌ نَصَّبَ القَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ) لِأَنَّ القَاضِي نَصَّبَ نَاظِرًا لِكُلِّ عَاجِزٍ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ وَالْمَفْقُودُ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ وَصَارَ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَفِي نَصْبِ الحَافِظِ لِمَالِهِ وَالْقَائِمِ عَلَيْهِ نَظَرٌ لَهُ، وَقَوْلُهُ يَسْتَوْفِي حَقَّهُ لِإِخْفَاءِ أَنَّهُ يَقْبِضُ غَلَّاتِهِ وَالدَّيْنَ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ غَرِيمٌ مِنْ غُرَمَائِهِ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الحِفْظِ، وَيُخَاصِمُ فِي دَيْنٍ وَجَبَ بِعَقْدِهِ لِأَنَّهُ أَصِيلٌ فِي حُقُوقِهِ، وَلَا يُخَاصِمُ فِي الَّذِي تَوَلَّاهُ المَفْقُودُ وَلَا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي يَدِ رَجُلٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا نَائِبٍ عَنْهُ إِنَّمَا هُوَ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ القَاضِي

كتاب المفقود

هو غائبٌ لم يُدْرَ موضعه وحياته وموته.

قوله: وَالْمَفْقُودُ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ، أي عاجز عن إقامة مصالحه.

قوله: وَجَبَ بِعَقْدِهِ، أي بعقد القائم مقام المفقود.

قوله: وَلَا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عُرُوضٍ، بأن كان الشيء مشترَكًا بين المفقود وغيره، لا يكون منصوب القاضي خصمًا فيه لمن يجحده.

وَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الخُصُومَةَ بِلَا خِلَافٍ، إِنَّمَا الخِلَافُ فِي الوَكِيلِ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ المَالِكِ فِي الدَّيْنِ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ يَتَضَمَّنُ الحُكْمَ بِهِ قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا رَآهُ القَاضِي وَقَضَىٰ بِهِ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، ثُمَّ مَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ الفَسَادَ يَبِيعُهُ القَاضِي لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ حِفْظُ صُورَتِهِ وَمَعْنَاهُ فَيَنْظُرُ لَهُ بِحِفْظِ المَعْنَىٰ (وَلَا يَبِيعُ مَا لَا يَخَافُ عَلَيْهِ الفَسَادَ فِي نَفَقَةٍ وَلَا غَيْرِهَا) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الغَائِبِ

قوله: إِنَّمَا الخِلَافُ فِي الوَكِيلِ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ المَالِكِ فِي الدَّيْنِ، عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يملك الخصومة وعندهما لا، والوكيل بالقبض من جانب القاضي لا يملك الخصومة اتفاقًا، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ يَتَضَمَّنُ الحُكْمَ بِهِ، أي بثبوت ما ادَّعاه من مخاصمة من يحفظ ماله بأيِّ جهة كانت، قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ، وليس للقاضي أن يقضي على الغائب وللغائب إلَّا إذا كان عنه خصم حاضر عندنا، وكذا لا ينبغي للقاضي أن ينصب وكيلاً عن الغائب وللغائب، ولكن لو فعل ذلك ينفذ قضاؤه.

قوله: إِلَّا إِذَا رَآهُ القَاضِي، أي لو كان القاضي ولاه ذلك ورآه ونفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذٍ لأنه يصير قضاؤه في فصلٍ مجتهد فيه فينفذ، فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقَّف نفاذه على إمضاء قاضٍ آخر، كما لو كان القاضي محدودًا في قذفٍ، قلنا: المجتهد فيه سبب القضاء وهو أنَّ البينة هل تكون حجة بلا خصمٍ حاضرٍ أم لا؟ فإذا رآه القاضي حجَّةً وقضىٰ بها نفذ قضاؤه، كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف.

قوله: ثُمَّ مَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ الفَسَادَ، كالثِّمار ونحوها.

قوله: وَمَعْنَاهُ، أي ماليته فتحصل ماليته في ثمنه فلذلك يأمر بحفظ ثمنه.

إِلَّا فِي حِفْظِ مَالِهِ فَلَا يَسُوغُ لَهُ تَرْكُ حِفْظِ الصُّورَةِ وَهُوَ مُمْكِنٌ.

قَالَ: (وَيُنْفِقُ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مِنْ مَالِهِ) وَلَيْسَ هٰذَا الحُكْمُ مَقْصُورًا عَلَى الأَوْلَادِ بَلْ يَعُمُّ جَمِيعَ قَرَابَةِ الوِلَادِ، وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ فِي مَالِهِ حَالَ حَضْرَتِهِ بِغَيْرِ قَضَاءِ القَاضِي يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ غَيْبَتِهِ لِأَنَّ القَضَاءَ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِعَانَةً، وَكُلُّ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا فِي حَضْرَتِهِ إِلَّا بِالْقَضَاءِ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ فِي غَيْبَتِهِ لِأَنَّ النَّفَقَةَ حِينَئِذٍ تَجِبُ بِالْقَضَاءِ وَالْقَضَاءُ عَلَى الغَائِبِ مُمْتَنِعٌ، فَمِنَ الأَوَّلِ: الأَوْلَادُ الصِّغَارُ وَالْإِنَاثُ مِنَ الكِبَارِ وَالزَّمْنَى مِنَ الذُّكُورِ الكِبَارِ، وَمِنَ الثَّانِي: الأَخُ وَالْأُخْتُ وَالْخَالُ وَالْخَالَةُ.

وَقَوْلُهُ (مِنْ مَالِهِ) مُرَادُهُ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي المَطْعُومِ وَالْمَلْبُوسِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ فِي مَالِهِ يَحْتَاجُ إِلَى القَضَاءِ بِالْقِيمَةِ وَهِيَ النَّقْدَانِ وَالتِّبْرُ بِمَنْزِلَتِهِمَا فِي هٰذَا الحُكْمِ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ قِيمَةً كَالْمَضْرُوبِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ القَاضِي، فَإِنْ كَانَتْ وَدِيعَةً أَوْ دَيْنًا

قوله: وَهُوَ مُمْكِنٌ، أي حفظ الصورة ممكن.

قوله: فَمِنَ الأَوَّلِ، وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء.

قوله: وَمِنَ الثَّانِي، وهم الذين لا يستحقون النفقة بغير قضاء، الأَخُ وَالْأُخْتُ وَالْخَالُ، فإنه لا تجب نفقة هؤلاء إلَّا بقضاءٍ أو رضاءٍ لأنه مجتهد فيه، ولهذا لم يكن لهم الأخذ من غير قضاءٍ أو رضاءٍ.

يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ مِنْهُمَا إِذَا كَانَ المُودِعُ وَالْمَدْيُونُ مُقِرِّينَ بِالدَّيْنِ الوَدِيعَةِ وَالنِّكَاحِ وَالنَّسَبِ، وَهٰذَا إِذَا لَمْ يَكُونَا ظَاهِرَيْنِ عِنْدَ القَاضِي، فَإِنْ كَانَا ظَاهِرَيْنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الإِقْرَارِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرَ الوَدِيعَةِ وَالدَّيْنِ أَوِ النِّكَاحِ وَالنَّسَبِ يَشْتَرِطُ الإِقْرَارَ بِمَا لَيْسَ بِظَاهِرٍ، هٰذَا هُوَ الصَّحِيحُ، فَإِنْ دَفَعَ المُودِعُ بِنَفْسِهِ أَوْ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِغَيْرِ أَمْرِ القَاضِي يَضْمَنُ المُودِعُ وَلَا يُبَرَّأُ المَدْيُونُ لِأَنَّهُ مَا أَدَّىٰ إِلَىٰ صَاحِبِ الحَقِّ وَلَا إِلَىٰ نَائِبِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِأَمْرِ القَاضِي لِأَنَّ القَاضِي نَائِبٌ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ المُودِعُ وَالْمَدْيُونُ جَاحِدَيْنِ أَصْلًا أَوْ كَانَا جَاحِدَيْنِ الزَّوْجِيَّةَ وَالنَّسَبَ لَمْ يَنْتَصِبْ أَحَدٌ مِنْ مُسْتَحِقِّي النَّفَقَةِ خَصْمًا فِي ذٰلِكَ لِأَنَّ مَا يَدَّعِيه لِلْغَائِبِ لَمْ يَتَعَيَّنْ سَبَبًا لِثُبُوتِ حَقِّهِ وَهُوَ النَّفَقَةُ، لِأَنَّهَا كَمَا تَجِبُ فِي هٰذَا المَالِ تَجِبُ فِي مَالٍ آخَرَ لِلْمَفْقُودِ.

قَالَ: (وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا مَضَىٰ

قوله: فَإِنْ كَانَا ظَاهِرَيْنِ، أي الدين والوديعة والنسب والنكاح، جعل الوديعة والدين واحدًا والنسب والنكاح فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية.

قوله: هٰذَا هُوَ الصَّحِيحُ، ذكر هذه المسئلة في كتاب النكاح وقال: ينفق عليهم إذا كانا مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب، وهنا شرطا الإقرار بما ليسَ بظاهر منهما وليس هذا اختلاف الرواية فإنَّ تأويل ما ذكر في كتاب النكاح أنه لم يكن شيء منهما ظاهرًا عند القاضي، فقوله في الكتاب: هُوَ الصَّحِيحُ، إشارة إلىٰ هذا التأويل ونفي اختلاف الروايتين لأنَّ للقاضي ولاية القضاء بعلمه، كما إذا أقرَّ بين يديه ثم غابَ.

أَرْبَعُ سِنِينَ يُفَرِّقُ القَاضِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَتَعْتَدُّ عِدَّةَ الوَفَاةِ ثُمَّ تَتَزَوَّجُ مَنْ شَاءَتْ لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - هٰكَذَا قَضَىٰ فِي الَّذِي اسْتَهْوَاهُ الجِنُّ بِالْمَدِينَةِ وَكَفَىٰ بِهِ إِمَامًا، وَلِأَنَّهُ مَنَعَ حَقَّهَا بِالْغَيْبَةِ فَيُفَرِّقُ القَاضِي بَيْنَهُمَا بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ اعْتِبَارًا بِالْإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ، وَبَعْدَ هٰذَا الِاعْتِبَارِ أَخَذَ المِقْدَارَ مِنْهُمَا الأَرْبَعَ مِنَ الإِيلَاءِ وَالسِّنِينَ مِنَ العُنَّةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي امْرَأَةِ المَفْقُودِ: «أَنَّهَا امْرَأَتُهُ حَتَّىٰ يَأْتِيَهَا البَيَانُ» ، وَقَوْلُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِيهَا: هِيَ امْرَأَةٌ أُبْتُلِيَتْ فَلْتَصْبِرْ حَتَّىٰ يَسْتَبِينَ مَوْتٌ أَوْ طَلَاقٌ خَرَجَ بَيَانًا لِلْبَيَانِ المَذْكُورِ فِي المَرْفُوعِ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عُرِفَ ثُبُوتُهُ وَالْغَيْبَةُ لَا تُوجِبُ الفُرْقَةَ وَالْمَوْتُ فِي حَيِّزِ الِاحْتِمَالِ فَلَا يُزَالُ النِّكَاحُ بِالشَّكِّ، وَعُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - رَجَعَ إِلَىٰ قَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْإِيلَاءِ لِأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا مُعَجَّلًا فَاعْتُبِرَ

قوله: أَخَذَ المِقْدَارَ مِنْهُمَا الأَرْبَعَ مِنَ الإِيلَاءِ، لشبهه به لأنَّ حقَّها في الجماع يفوت بصنعه وهو السفر، كما يفوت ثمَّة بصنعه وهو الإيلاء، والسنة في العنة إذ حقها في الجماع فاتَ بسبب هو معذورٌ فيه وهو الغيبة لأنَّها مباحٌ كما فاتَ حقُّها ثمَّة بالعنة وهو معذورٌ فيه.

قوله: خَرَجَ بَيَانًا لِلْبَيَانِ المَذْكُورِ فِي المَرْفُوعِ، يعني قول عليٍّ رضي الله عنه حتى يستبين موت أو طلاق خرج بيانًا للبيان المذكور في الحديث المرفوع أنَّ المراد من ذلك البيان ظهور موت المفقود أو طلاقه.

فِي الشَّرْعِ مُؤَجَّلًا فَكَانَ مُوجِبًا لِلْفُرْقَةِ، وَلَا بِالْعُنَّةِ لِأَنَّ الغَيْبَةَ تَعْقُبُ العَوْدَةَ، وَالْعُنَّةُ قَلَّمَا تَنْحَلُّ بَعْدَ اسْتِمْرَارِهَا سَنَةً.

قَالَ: (وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهٰذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَفِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الأَقْرَانِ، وَفِي المَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ بِمِائَةِ سَنَةٍ، وَقَدَّرَهُ بَعْضُهُمْ بِتِسْعِينَ، وَالْأَقْيَسُ أَنْ لَا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ، وَالْأَرْفَقُ أَنْ يُقَدَّرَ بِتِسْعِينَ، وَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ اعْتَدَّتِ امْرَأَتُهُ عِدَّةَ الوَفَاةِ مِنْ ذٰلِكَ الوَقْتِ.

(وَيُقْسَمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ المَوْجُودِينَ فِي ذٰلِكَ الوَقْتِ) كَأَنَّهُ مَاتَ فِي ذٰلِكَ الوَقْتِ مُعَايَنَةً إِذِ الحُكْمِيُّ مُعْتَبَرٌ بِالْحَقِيقِيِّ (وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ ذٰلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يُحْكَمْ بِمَوْتِهِ فِيهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ حَيَاتُهُ

قوله: يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الأَقْرَانِ، لأنَّ ما تقع الحاجة إلىٰ معرفته فطريقه في الشرع الرجوع إلىٰ أمثاله كقِيَم المتلفات ومهر مثل النساء، وبقاؤه بعد موت كل أقرانه نادرٌ، وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر ويعتبَر موت أقرانه في بلده لأنَّ التفحُّص عن حال الأقران في كل البلدان متعذِّرٌ.

قوله: وَالْأَقْيَسُ أَنْ لَا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ، لأنَّ نصب المقادير بالرأي لا يكون ولا نصَّ فيه، والأصوب الأرفق أن يقدَّر بتسعين لأنه هو الغاية في زماننا والحياة بعدها نادرةٌ، ولا عبْرَة للنادر.

مَعْلُومَةً (وَلَا يَرِثُ المَفْقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ) لِأَنَّ بَقَاءَهُ حَيًّا فِي ذٰلِكَ الوَقْتِ بِاسْتِصْحَابِ الحَالِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً فِي الِاسْتِحْقَاقِ (وَكَذٰلِكَ لَوْ أَوْصَىٰ لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ المُوصِي) ثُمَّ الأَصْلُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعَ المَفْقُودِ وَارِثٌ لَا يُحْجَبُ بِهِ وَلٰكِنَّهُ يُنْتَقَصُ حَقُّهُ بِهِ يُعْطَىٰ أَقَلَّ النَّصِيبَيْنِ وَيُوقَفُ البَاقِي وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ يُحْجَبُ بِهِ لَا يُعْطَىٰ أَصْلًا، بَيَانُهُ: رَجُلٌ مَاتَ عَنِ ابْنَتَيْنِ وَابْنِ مَفْقُودٍ وَابْنِ ابْنٍ وَبِنْتِ ابْنٍ وَالْمَالُ فِي يَدِ الأَجْنَبِيِّ وَتَصَادَقُوا عَلَىٰ فَقْدِ الِابْنِ وَطَلَبَتِ الِابْنَتَانِ المِيرَاثَ تُعْطَيَانِ

قوله: وَلَا يَرِثُ المَفْقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ، وحاصله أنه حيٌّ في حقِّ نفسه، فلا يقسم ماله بين ورثته، كما لو عاينا حياته، ميِّت في حقِّ غيره حتى لا يرث أحدًا لأنَّ حياته تثبت بالاستصحاب فإنَّا علمنا حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه، واستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان علىٰ ما كان لا لإثبات ما لم يكن ثابتًا، وفي الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان علىٰ ما كان، وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتًا، ولأنَّ حياته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجَّةً لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحقُّ به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله، ومعنىٰ قولنا: لا يرث المفقود أحدًا أنَّ نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكًا للمفقود، أمَّا نصيب المفقود من الإرث فيوقف لأنَّ حياة المفقود محتملة والمحتمل يكفي للتوقف كما في الجنين فإن ظهر حيًّا علم أنه كان مستحقًّا وإن لم يظهر حيًّا حتَّىٰ بلغ تسعين سنةً فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال، كالموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميِّتًا.

قوله: وَالْمَالُ فِي يَدِ الأَجْنَبِيِّ وَتَصَادَقُوا عَلَىٰ فَقْدِ الِابْنِ، أي تصادق الورثة المذكورون والأجنبي، وإنَّما قيَّد بالتصادق لأنه إذا قال الأجنبي الذي في يده المال: قد

النِّصْفَ لِأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ وَيُوقَفُ النِّصْفُ الآخَرُ وَلَا يُعْطَىٰ وَلَدَ الِابْنِ لِأَنَّهُمْ يُحْجَبُونَ بِالْمَفْقُودِ، وَلَوْ كَانَ حَيًّا فَلَا يَسْتَحِقُّونَ المِيرَاثَ بِالشَّكِّ.
(وَلَا يُنْزَعُ مِنْ يَدِ الأَجْنَبِيِّ إِلَّا إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ خِيَانَةٌ) وَنَظِيرُ هٰذَا الحَمْلُ فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابْنٍ وَاحِدٍ عَلَىٰ مَا عَلَيْهِ الفَتْوَىٰ، ....

مات المفقود قبل ابنتيه فإنه يجبَر على دفع الثلثين إلَّا الابنتين لأنَّ إقرار ذي اليد فيما في يده معتبَر وقد أقرَّ بأنَّ ثلثي ما في يده للابنتين يجبر على تسليم ذلك إليهما، ولا يمنع صحة إقراره بقول أولاد الابن: أبونا مفقودٌ، لأنَّهم لا يدعون لأنفسهم بِهذا القول شيئًا ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه، هذا إذا أقرَّ من في يده المال، أمَّا لو جحد أن يكون للميِّت مال في يده فأقامت الابنتان البينة أنَّ أباهما مات وترك هذا المال ميراثًا لهما ولأخيهما المفقود، فإن كان حيًّا فهو الوارث معهما وإن كان ميّتًا فولده الوارث معهما فإنه يدفع إلى الابنتين النصف لأنَّهما بِهذه البينة تثبتان الملك لأبيهما في هذا المال والأب ميِّت وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميِّت في إثبات الملك له بالبينة، فإذا ثبت ذلك يدفع إليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لأن الذي في يديه جحد فهو غير مؤتمن عليه، هذا إذا كان المال في يد أجنبي، وأما لو كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فإنَّ القاضي لا ينبغي له أن يحول المَال من موضعه ولا يقف منه شيئًا للمفقود، ومراده بِهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئًا من أيديهما لأنَّ النصف صار بينهما بيقين والنصف الثاني للمفقود من وجهٍ، ويريد بقوله: ولا يقف منه شيئًا للمفقود، أي لا يجعل ممَّا في يد الابنتين ملكًا للمفقود على الحقيقة، وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود من غير أن يقضىٰ به لهما ولا لابنيهما لأنه لا يدرىٰ من المستحق لهذا الباقي، كذا في النهاية، وفي آخره: كذا في المبسوط والذخيرة.

وَلَوْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ إِنْ كَانَ لَا يَسْقُطُ بِحَالٍ وَلَا يَتَغَيَّرُ بِالْحَمْلِ يُعْطَىٰ كُلٌّ نَصِيبَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِالْحَمْلِ لَا يُعْطَىٰ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعْطِي الأَقَلَّ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ كَمَا فِي المَفْقُودِ وَقَدْ شَرَحْنَاهُ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ بِأَتَمَّ مِنْ هٰذَا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَلَوْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ، أي مع الحمل وارث.

قوله: وَلَا يَتَغَيَّرُ بِالْحَمْلِ يُعْطَىٰ كُلٌّ نَصِيبَهُ، حتى إذا ترك امرأةً حاملاً وجدَّةً فللجدَّة السدس لأنه لا تتغير فريضتها، وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطىٰ وذلك كابن الابن أو الأخ أو العمِّ، حتى إنه لو ترك امرأةً حاملاً وأخًا أو عمًّا لا يعطى الأخ والعمّ شيئًا لأنَّ من الجائز أن يكون الحمل ابنًا فيسقط معه الأخ والعمُّ وإن كان ممن يتغيَّر به يعطى الأقل للتيقن به كالزوجة والأمِّ، فإنه إن كان الحمل حيًّا ترث الزوجة الثمن والأمُّ السدس، وإن لم يكن حيًّا فهما ترثان الربع والثلث، فتعطيان الثمن والسدس للتيقن، كما في المفقود وهو أنه إذا مات الرجل وترك جدَّةً وابنًا مفقودًا فللجدَّة السدس كما ذكرنا في الحمل لأنه لا يتغيَّر نصيبها، وكذلك إذا ترك أخًا وابنًا مفقودًا لا يعطىٰ للأخ شيء، وكذلك لو ترك أمًّا وابنًا مفقودًا فإنه إن كان المفقود حيًّا تستحقُّ الأم السدس، وإن كان ميّتًا تستحقُّ الثلث كما في الحمل، والله أعلم بالصواب.

* * *

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

(الشَّرِكَةُ جَائِزَةٌ) «لِأَنَّهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بُعِثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ».

قَالَ: (الشَّرِكَةُ ضَرْبَانِ: شَرِكَةُ أَمْلَاكٍ، وَشَرِكَةُ عُقُودٍ، فَشَرِكَةُ الأَمْلَاكِ: العَيْنُ يَرِثُهَا رَجُلَانِ أَوْ يَشْتَرِيَانِهَا فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ) وَهٰذِهِ الشَّرِكَةُ تَتَحَقَّقُ فِي غَيْرِ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ كَمَا إِذَا اتَّهَبَ رَجُلَانِ عَيْنًا أَوْ مَلَكَاهَا بِالِاسْتِيلَاءِ أَوِ اخْتَلَطَ مَالُهُمَا مِنْ غَيْرِ صُنْعِ أَحَدِهِمَا أَوْ بِخَلْطِهِمَا خَلْطًا يَمْنَعُ التَّمْيِيزَ رَأْسًا، أَوْ إِلَّا بِحَرَجٍ، وَيَجُوزُ

كتاب الشركة

هيَ عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدًا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر، ثم يطلق اسم الشركة على العقد وإن لم يوجد اختلاط النصيبين لأنَّ العقد سبب الاختلاط، وشرعيتها بالسنة فإنه عليه الصلاة والسلام بُعِثَ والناس يباشرونَها فقرَّرهم عليه، وإجماع الأمة، والمعقول فهي طريق ابتغاء الفضل وهو مشروعٌ بالكتاب.

قوله: خَلْطًا يَمْنَعُ التَّمْيِيزَ رَأْسًا، كخلط البُرِّ بالبُرِّ، أَوْ إِلَّا بِحَرَجٍ، كخلط الحنطة بالشعير.

بَيْعُ أَحَدِهِمَا نَصِيبَهُ مِنْ شَرِيكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ وَمِنْ غَيْرِ شَرِيكِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ إِلَّا فِي صُورَةِ الخَلْطِ وَالِاخْتِلَاطِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَقَدْ بَيَّنَّا الفَرْقَ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ.

(وَالضَّرْبُ الثَّانِي: شَرِكَةُ العُقُودِ، وَرُكْنُهَا الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، وَهُوَ أَنْ

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّا الفَرْقَ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ، والفرق وهو أنَّ خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك من المخلوط إلى الخالط، فإذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتًا من وجه فاعتبر نصيب كل زائلاً إلى الشريك في حقِّ البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشبهين، وهذا أوْلىٰ من عكسه لأنَّ التصرف مع الشريك أسْرَع نفاذًا من التصرف مع الأجنبي، بدليل جواز تمليك معتق البعض من الشريك دون الأجنبي، وكذا إجارة المشاع من الشريك جائزة، بخلاف الشركة الحاصلة بالميراث وما يجري مجراه لأنه لم يوجد بعد ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال بوجهٍ فكان ملك كل واحد منهما قائمًا في نصيبه من كل وجه فجاز بيع نصيبه من الشريك ومن الأجنبي، كذا في مبسوط شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالىٰ، ولأنَّ الشركة إذا كانت من الابتداء بينهما بأن اشتَريا حنطة أو ورثاها كان كل حبَّة يشار إليها مشتركةً بينهما فيبيع أحدهما نصيبه منها مشاعًا فهو جائزٌ سواء كان بيعه من صاحبه أو من الأجنبي، أمَّا إذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط أو الاختلاط فكل حبَّةٍ يشار إليها ليست بمشتركة بينهما لأنَّ تلك الحبة بجميع أجزائها تكون لأحدهما لا محالة من غير اشتراك فيها فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الأجنبي لأنه لا يقدر على تسليم نصيبه منها لا جزءًا ولا كلاً لِمَا أنَّ كل حبة ليست بمشتركة بينهما فيتوقف جواز بيعه من الأجنبي إلى إذن شريكه لاختلاط المبيع مع غيره، أمَّا إذا كان بيعه من صاحبه فيمكن التسليم فيجوز، إلىٰ هذا أشار في الفوائد الظهيرية في كتاب القضاء.

يَقُولَ أَحَدُهُمَا شَارَكْتُكَ فِي كَذَا وَكَذَا وَيَقُولُ الآخَرُ قَبِلْتُ) وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشِّرْكَةِ قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ المَطْلُوبُ مِنْهُ.

(ثُمَّ هِيَ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: مُفَاوَضَةٌ، وَعِنَانٌ، وَشِرْكَةُ الصَّنَائِعِ، وَشِرْكَةُ الوُجُوهِ، فَأَمَّا شِرْكَةُ المُفَاوَضَةِ فَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلَانِ فَيَتَسَاوَيَانِ فِي مَالِهِمَا وَتَصَرُّفِهِمَا وَدَيْنِهِمَا) لِأَنَّهَا شِرْكَةٌ عَامَّةٌ فِي جَمِيعِ التِّجَارَاتِ يُفَوِّضُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمْرَ الشِّرْكَةِ إِلَىٰ صَاحِبِهِ عَلَى الإِطْلَاقِ إِذْ هِيَ مِنَ المُسَاوَاةِ، قَالَ قَائِلُهُمْ:

لَا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَىٰ لَا سَرَاةَ لَهُمْ * وَلَا سَرَاةَ إِذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا

قوله: وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشِّرْكَةِ قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ، لأنَّ كل واحد من الشريكين يكون وكيلاً عن الآخر في نصيب ما يشتَريه ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتَركًا بينهما، وما لا يقبل الوكالة كالاصطياد والاحتطاب يكون المستفاد فيه للعامل ولا يقع مشتَركًا فلا يتحقَّقُ حكمه المطلوب منه وهو الشركة في المال، فلهذا لم تصح الشركة فيه.

قوله: لَا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَىٰ، البيت، أي لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساويين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات فإنَّهم إذا كانوا متساويين تتحقَّق المنازعة بينهم لأنه إذا لم يكن فيهم أميرٌ مطاع في أمره ونَهيه كان كل واحد منهم مستقلاً برأيه فتتحقق المنازعة، ولا سادةَ إذا ساد الجهال.

أَيْ مُتَسَاوِيِينَ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْمُسَاوَاةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً وَذٰلِكَ فِي الْمَالِ، وَالْمُرَادُ بِهِ مَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لَا يَصِحُّ الشِّرْكَةُ فِيهِ، وَكَذَا فِي التَّصَرُّفِ، لِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا تَصَرُّفًا لَا يَمْلِكُ الآخَرُ لَفَاتَ التَّسَاوِي، وَكَذٰلِكَ فِي الدَّيْنِ لِمَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَهٰذِهِ الشَّرِكَةُ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا، وَفِي القِيَاسِ لَا تَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا أَعْرِفُ مَا الْمُفَاوَضَةُ، وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهَا تَضَمَّنَتِ الوَكَالَةَ بِمَجْهُولِ الجِنْسِ وَالْكَفَالَةَ بِمَجْهُولٍ، وَكُلُّ ذٰلِكَ بِانْفِرَادِهِ فَاسِدٌ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ:

قوله: فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْمُسَاوَاةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، لأنَّ المفاوضة من العقود الجائزة فإنَّ لكلِّ واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء عقد المفاوضة اشتُرطت المساواة فكذا في الانتهاء.

قوله: وَالْمُرَادُ بِهِ مَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، أي ما يصلح لرأس مال الشركة كالدراهم والدنانير، وَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لَا يَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، أي ما لا يصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون.

قوله: وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا أَعْرِفُ مَا الْمُفَاوَضَةُ، وهو تناقضٌ لأنه إذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد إذ لا تصديق بلا تصوُّر.

قوله: وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهَا تَضَمَّنَتِ الوَكَالَةَ بِمَجْهُولِ الجِنْسِ وَالْكَفَالَةَ بِمَجْهُولٍ، وَكُلُّ ذٰلِكَ بِانْفِرَادِهِ فَاسِدٌ، كما إذا قال: وكلتكَ بشراء شيء، وكما لو قال: كفلتُ عنكَ ما بايعتَ الناس أو غصبتَ من الناس فعند الانضمام أَوْلىٰ، فإن قيل: الوكالة العامة جائزة كما

قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «فَاوِضُوا فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ» وَكَذَا النَّاسُ يُعَامِلُونَهَا مِنْ غَيْرِ نكِيرٍ وَبِهِ يُتْرَكُ القِيَاسُ، وَالْجَهَالَةُ مُتَحَمَّلَةٌ تَبَعًا كَمَا فِي المُضَارَبَةِ.

(وَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظَةِ المُفَاوَضَةِ) لِبُعْدِ شَرَائِطِهَا عَنْ عِلْمِ العَوَامّ، حَتَّىٰ لَوْ بَيَّنَّا جَمِيعَ مَا تَقْتَضِيهِ تَجُوزُ لِأَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ المَعْنَىٰ.

قَالَ: (فَتَجُوزُ بَيْنَ الحُرَّيْنِ الكَبِيرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ أَوْ ذِمِّيَّيْنِ لِتَحَقُّقِ

إذا قال لآخر: وكلتك في مالي اصنع ما شئتَ، يجوز له أن يتصرف في ماله، قلنا: العموم ليس بمراد ههنا فإنه لا تثبت الوكالة في حقِّ شراء الطعام والكسوة لأهله، فإذا لم يكن عامًا يكون توكيلاً بمجهول الجنس فلا يجوز.

قوله: وَبِهِ يُتْرَكُ القِيَاسُ، أي بالتعامل يتْرك القياس كالاستصناع ودخول الحمام، وهذا لأنَّ تعاملهم بلا نكير كالإجماع ويتْرك القياس بالإجماع.

قوله: وَالْجَهَالَةُ مُتَحَمَّلَةٌ تَبَعًا، أي لغيرها وهي المساواة لأنَّ المفاوضة تقتضي المساواة على ما مرَّ ولا تثبت المساواة إلَّا بعد أن يصير كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، وهذا جواب عن وجه القياس أنَّها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول، فأجاب أنَّ ما لا يثبت مقصودًا جاز أن يثبت تبعًا كالمضاربة جازت بالإجماع وإن اشتملت على التوكيل بشراء مجهول الجنس إذا لم يبينا نوعًا، ومثل هذا أيضًا يوجد في شركة العنان فإنَّ التوكيل بشراء شيءٍ مجهول الجنس لا يصحُّ ثم صحَّت شركة العنان وإن تضمنت ذلك.

قوله: لِأَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ المَعْنَىٰ، ألا ترىٰ أنَّ الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط ضمان الأصيل كفالة.

التَّسَاوِي، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا تَجُوزُ أَيْضًا) لِمَا قُلْنَا (وَلَا تَجُوزُ بَيْنَ الحُرِّ وَالْمَمْلُوكِ وَلَا بَيْنَ الصَّبِيِّ وَالْبَالِغِ) لِانْعِدَامِ المُسَاوَاةِ، لِأَنَّ الحُرَّ البَالِغَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَالْكَفَالَةَ، وَالْمَمْلُوكُ لَا يَمْلِكُ وَاحِدًا مِنْهُمَا إِلَّا بِإِذْنِ المَوْلَىٰ، وَالصَّبِيُّ لَا يَمْلِكُ الكَفَالَةَ وَلَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ إِلَّا بِإِذْنِ الوَلِيِّ.

قَالَ: (وَلَا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالْكَافِرِ) وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِزِيَادَةِ تَصَرُّفٍ يَمْلِكُهُ أَحَدُهُمَا كَالْمُفَاوَضَةِ بَيْنَ الشَّفْعَوِيِّ وَالْحَنَفِيِّ فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ، وَيَتَفَاوَتَانِ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَتْرُوكِ

قوله: وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا، فإن قيل: المساواة معدومةٌ بينهما فإنَّ المجوسي يتصرَّف في الموقوذة والكتابي لا، والكتابي يؤجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسي لا، قلنا: إنَّ من يجعل الموقوذة مالاً متقوّمًا في حقِّهم لا يفصل بين الكتابي والمجوسي فتحقَّقت المساواة، والجواب عن الثاني: أنه لو آجر الكتابي نفسه يجوز ويطالب به المجوسي وإن لم يقدر على إيفائه بنفسه لأنه يقدر على الإيفاء بالغير وهو المعيَّن أو الأجير، وكذا لو آجر المجوسيُّ يجوز وإن لم يقدر بنفسه لقدرته بغيره كالخياط مع القصار إذا عقدا عقد المفاوضة صار كل واحد منهما مطالباً بما على الآخر وإن لم يقدر بنفسه.

قوله: لِمَا قُلْنَا، أي لتحقُّق التساوي.

قوله: إِلَّا بِإِذْنِ المَوْلَىٰ، فإن قيل: لمَّا أذن له المولىٰ في الكفالة يثبت التساوي بينه وبين الحرِّ، قلنا: لا يثبت لأنه لا تصحُّ كفالته بإذن المولىٰ إذا كان عليه دينٌ، وكذا لا تجوز

التَّسْمِيَةِ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ لَا يَهْتَدِي إِلَى الجَائِزِ مِنَ العُقُودِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا تَسَاوِي فِي التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ الذِّمِّيَّ لَوِ اشْتَرَىٰ بِرَأْسِ المَالِ خُمُورًا أَوْ خَنَازِيرَ صَحَّ، وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُسْلِمٌ لَا يَصِحُّ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْنَ العَبْدَيْنِ وَلَا بَيْنَ الصَّبِيَّيْنِ وَلَا بَيْنَ المُكَاتَبَيْنِ) لِانْعِدَامِ صِحَّةِ الكَفَالَةِ، وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ المُفَاوَضَةُ لِفَقْدِ شَرْطِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ ذٰلِكَ فِي العِنَانِ، كَانَ عِنَانًا لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ العِنَانِ، إِذْ هُوَ قَدْ يَكُونُ خَاصًّا وَقَدْ يَكُون عَامًّا.

كفالته بعد ما كفل بمقدار قيمته، كذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ لَا يَهْتَدِي إِلَى الجَائِزِ مِنَ العُقُودِ، أي يكرهُ مشاركة المسلم الذميِّ لأنَّ الذمي لا يتوقى العقود الفاسدة فربَّما يصير سببًا لوقوع المسلم في المحرم، والجوابُ عن قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي أنَّ المساواة بينهما ثابتة، لأنَّ الدلالة قامت على أنَّ متروك التسمية عمدًا ليس بمالٍ متقوم، ولا يجوز التصرف فيه بين الحنفي والشافعي جميعًا لثبوت ولاية الإلزام بالمحاجة فتتحقَّق المساواة بينهما في المال والتصرف، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا يُشْتَرَطُ ذٰلِكَ فِي العِنَانِ، من صورة المسئلة، إِذْ هُوَ، أي العنان، وفي المبسوط: أنَّ العنان قد يكون عامًّا وقد يكون خاصًّا بخلاف المفاوضة فإنَّها عامة لا غير، وفي الإيضاح: وكل موضع فَقَدَ شرطًا من شروط المفاوضة وذلك ليس بشرطٍ في العنان كانت الشركة شركة عنان؛ لأنَّ شركة المفاوضة أعمُّ أي في الشروط من شركة العنان، فوقع التفاوت بينهما من حيث العموم والخصوص، فإذا بطل معنى العموم بقي معنى الخصوص فجاز إثبات العنان بلفظة المفاوضة كما يجوز إثبات معنى الخصوص

قَالَ: (وَتَنْعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ) أَمَّا الوَكَالَةُ فَلِتَحَقُّقِ المَقْصُودِ وَهُوَ الشِّرْكَةُ فِي المَالِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا الكَفَالَةُ: فَلِتَحَقُّقِ المُسَاوَاةِ فِيمَا هُوَ مِنْ مُوَاجِبِ التِّجَارَاتِ وَهُوَ تَوَجُّهُ المُطَالَبَةِ نَحْوَهُمَا جَمِيعًا.

قَالَ: (وَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ عَلَى الشِّرْكَةِ إِلَّا طَعَامَ أَهْلِهِ وَكِسْوَتَهُمْ) وَكَذَا كِسْوَتُهُ، وَكَذَا الإِدَامُ لِأَنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ المُسَاوَاةُ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَائِمٌ مَقَامَ صَاحِبِهِ فِي التَّصَرُّفِ، وَكَانَ شِرَاءُ أَحَدِهِمَا كَشِرَائِهِمَا، إِلَّا مَا اسْتَثْنَاهُ فِي الكِتَابِ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ لِأَنَّهُ مُسْتَثْنَى عَنِ المُفَاوَضَةِ لِلضَّرُورَةِ، فَإِنَّ الحَاجَةَ الرَّاتِبَةَ مَعْلُومَةُ الوُقُوعِ، وَلَا يُمْكِنُ إِيجَابُهُ عَلَىٰ صَاحِبِهِ وَلَا التَّصَرُّفُ مِنْ مَالِهِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الشِّرَاءِ فَيَخْتَصُّ بِهِ ضَرُورَةً، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ عَلَى الشِّرْكَةِ لِمَا بَيَّنَّا.

(وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهمَا شَاءَ) المُشْتَرِي بِالْأَصَالَةِ وَصَاحِبُهُ

بلفظ العموم.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أي أَنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ المُسَاوَاةُ إلخ.

قوله: وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهمَا شَاءَ، أي ولبائع الطعام والكسوة أن يأخذ بثمن الطعام والكسوة أي الشريكين شاء وإن لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لأنَّ المشتري باشر بسبب الالتزام والآخر كفيل عنه بما لزمه بالشّراء بسبب شركة المفاوضة فكان سبب توجه المطالبة على كلِّ واحد منهما موجودًا بسببٍ علىٰ حدة فيطالبه لذلك، ولأنَّ في عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورةَ في أن لا يقع عقد أحد

بِالْكَفَالَةِ، وَيَرْجِعُ الكَفِيلُ عَلَى المُشْتَرِي بِحِصَّتِهِ مِمَّا أَدَّىٰ لِأَنَّهُ قَضَىٰ دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا.

قَالَ: (وَمَا يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الدُّيُونِ بَدَلًا عَمَّا يَصِحُّ فِيهِ الِاشْتِرَاكُ فَالْآخَرُ ضَامِنٌ لَهُ) تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ، فَمِمَّا يَصِحُّ الِاشْتِرَاكُ فِيهِ الشِّرَاءُ وَالْبَيْعُ وَالِاسْتِئْجَارُ، وَمِنَ القِسْمِ الآخَرِ الجِنَايَةُ وَالنِّكَاحُ وَالْخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ وَعَنِ النَّفَقَةِ.

قَالَ: (وَلَوْ كُفِّلَ أَحَدُهُمَا بِمَالٍ عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ صَاحِبَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

الشريكين متضمنًا للكفالة فتثبت الكفالة فإذا أدَّاه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدِّى على المشتري بقدر حصته من ذلك لأنَّ الثمن كان على المشتري خاصَّةً وقد قضىٰ من مال الشركة.

قوله: فَمِمَّا يَصِحُّ الِاشْتِرَاكُ فِيهِ الشِّرَاءُ وَالْبَيْعُ وَالِاسْتِئْجَارُ، ولا فرق بين أن يكون الاستئجار واقعًا على الشركة أو لحاجة المستأجر خاصَّة، ذكر في المبسوط: وصورة الاستئجار هي أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرًا في تجارتهما أو دابة أو شيئًا من الأشياء فللمؤجر أن يأخذ بالأجر أيّهما شاء لأنَّ الإجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة، وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر إبلاً إلىٰ مكة ليحجَّ عليها فللمؤجر أن يأخذ أيُّهما شاء إن شاء أخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وإن شاء أخذ شريكه لكفالته عنه.

قوله: وَالْخُلْعُ، صورته ما إذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثمَّ خالعت مع زوجها فما لَزِمَ عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها، وكذلك لو أقرَّت ببدل الخلع لا يلزم

رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: لَا يَلْزَمُهُ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ المَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ، وَلَوْ صَدَرَ مِنَ المَرِيضِ يَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ وَصَارَ كَالْإِقْرَاضِ وَالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَمُعَاوَضَةٌ بَقَاءً لِأَنَّهُ يَسْتَوْجِبُ الضَّمَانَ بِمَا يُؤَدِّي عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ إِذَا كَانَتِ الكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى البَقَاءِ تَتَضَمَّنُهُ المُفَاوَضَةُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الِابْتِدَاءِ لَمْ تَصِحَّ مِمَّنْ ذَكَرَهُ وَتَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ مِنَ المَرِيضِ، بِخِلَافِ الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، وَأَمَّا الإِقْرَاضُ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَلْزَمُ صَاحِبَهُ، وَلَوْ سَلِمَ فَهُوَ إِعَارَةٌ فَيَكُونُ لِمِثْلِهَا حُكْمُ عَيْنِهَا لَا حُكْمَ البَدَلِ ....

علىٰ شريكها.

قوله: وَصَارَ كَالْإِقْرَاضِ وَالْكَفَالَةِ، في المبسوط في أول باب بضاعة المفاوض: وإذا أقرض أحد المتفاوضين فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه لأنه متعد في نصيب شريكه بتصرفه في المال علىٰ غير ما هو مقتضى الشركة.

قوله: لَمْ تَصِحَّ مِمَّنْ ذَكَرَهُ، أي من الصبيِّ والعبد المأذون والمكاتب.

قوله: وَأَمَّا الإِقْرَاضُ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، ذكر في المبسوط أنَّ إقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأنه معاوضة، وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرُّع.

قوله: وَلَوْ سَلِمَ فَهُوَ إِعَارَةٌ، أي ولئن سلمنا أنَّ إقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه قلنا إنَّما لا يلزمه لأنَّ الإقراض إعارةٌ لا معاوضةٌ بدليل جوازه، إذ لو كان معاوضةً

حَتَّىٰ لَا يَصِحَّ فِيهِ الأَجَلُ فَلَا يَتَحَقَّقُ مُعَاوَضَةً، وَلَوْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ تَلْزَمْ صَاحِبَهُ فِي الصَّحِيحِ لِانْعِدَامِ مَعْنَى المُفَاوَضَةِ، وَمُطْلَقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ مَحْمُولٌ عَلَى المُقَيَّدِ، وَضَمَانُ الغَصْبِ وَالِاسْتِهْلَاكُ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ عِنْد أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً.

قَالَ: (وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَا لَا يَصِحُّ فِيهِ الشِّرْكَةُ أَوْ وَهَبَ لَهُ وَوَصَلَ إِلَىٰ

لكان فيه النقد بالنسيئة في الأموال الربوية فعلم بهذا أنَّ لِمَا يأخذه المقرض بعد الإقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله، كما في الإعارة الحقيقية.

قوله: حَتَّىٰ لَا يَصِحَّ فِيهِ الأَجَلُ، أي لا يلزم في الإقراض الأجل.

قوله: وَمُطْلَقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ، وهو قوله: وَلَوْ كُفِّلَ أَحَدُهُمَا بِمَالٍ عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ صَاحِبَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ ... مَحْمُولٌ عَلَى المُقَيَّدِ، وهو الكفالة بأمر المكفول عنه، وَضَمَانُ الغَصْبِ وَالِاسْتِهْلَاكُ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ عِنْد أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، ومحمد مع أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في ضمان الغصب والاستهلاك، ومع أبي يوسف رحمه الله تعالى في الكفالة، لأبي يوسف رحمه الله في ضمان الغصب والاستهلاك أنَّ هذا الضمان واجب بسببٍ ليس هو بتجارةٍ فلا يلزم شريكه كأرش الجناية، ولأنه بدل المستهلك وأنه لا يحتمل الشركة، وهما يقولان أنَّ ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارةٍ بدليل صحَّة إقرار المأذون به وكونه مؤاخذًا به في الحال، وكذلك يصحُّ إقرار الصبي المأذون والمكاتب به، وهذا لأنه بدل مال محتمل للشركة لأنه إنَّما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك، ولهذا مَلَك المغصوب والمستهلك بالضمان، ولمَّا كان كذلك كان كل واحد من شريكي المفاوضة ملتزمًا له فيجب عليه.

قوله: وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَا لَا - إلىٰ قوله - وَوَصَلَ إِلَىٰ يَدِهِ، اعلم أنه إذا وصل

يَدِهِ بَطَلَتِ المُفَاوَضَةُ وَصَارَتْ عِنَانًا) لِفَوَاتِ المُسَاوَاةِ فِيمَا يَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ إِذْ هِيَ شَرْطٌ فِيهِ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً، وَهٰذَا لِأَنَّ الآخَرَ لَا يُشَارِكُهُ فِيمَا أَصَابَهُ لِانْعِدَامِ السَّبَبِ فِي حَقِّهِ، إِلَّا أَنَّهَا تَنْقَلِبُ عِنَانًا لِلْإِمْكَانِ، فَإِنَّ المُسَاوَاةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ، وَلِدَوَامِهِ حُكْمَ الِابْتِدَاءِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ لَازِمٍ (فَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا فَهُوَ لَهُ وَلَا تَفْسُدُ المُفَاوَضَةُ) وَكَذَا العَقَارُ لِأَنَّهُ لَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ فَلَا تُشْتَرَطُ المُسَاوَاةُ فِيهِ.

إلىٰ يد أحد المتفاوضين مال يصلح رأس مال الشركة كالدراهم والدنانير بالإرث أو الهبة أو الصدقة تبطل المفاوضة وتصير عنانًا لأنَّ المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة شرط للمفاوضة ابتداءً وبقاءً وقد فاتت، إذ الآخر لا يشاركه فيما أصابه لأنه إنَّما يشاركه فيما حصل بسبب التجارة أو بما يشبهها بثبوت الوكالة في ذلك، وهذه الأسباب ليست بتجارة وإنما تبطل المفاوضة إذا قبض الدارهم أو الدنانير، فإن لم يقبضها لم تبطل لأنَّ الدين لا يصلح رأس مال المفاوضة، فإذا قبض الآن ازداد مال أحدهما من جنس رأس مال المفاوضة فتبطل المفاوضة بهذا، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: وبهذا وضح أنَّ قوله في الهداية: **وَوَصَلَ إِلَىٰ يَدِهِ**، يرجع إلى الهبة والإرث، والله تعالى أعلم بالصواب.

فصل
ولا تنعقد الشَّركة إلّا بالدّراهم والدّنانير

(وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: تَجُوزُ بِالْعُرُوضِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ أَيْضًا إِذَا كَانَ الجِنْسُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّهَا عُقِدَتْ عَلَىٰ رَأْسِ مَالٍ مَعْلُومٍ فَأَشْبَهَ النُّقُودَ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ لِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهَا لِمَا فِيهَا مِنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَيُقْتَصَرُ عَلَىٰ مَوْرِدِ الشَّرْعِ، وَلَنَا أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ؛

فصل
ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير

قوله: وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ، فإن قيل: إن أراد أنَّ شركة المفاوضة لا تصحُّ إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فشركة الوجوه والتقبل تصير مفاوضةً وعنانًا ولا مالَ فيهما، فقد ذكر في المبسوط أنَّ شركة الوجوه والتقبل كل واحدة منهما يكون مفاوضة وعنانًا، وأشار إلىٰ ذلك في الكتاب أيضًا، وإن أراد مطلق الشركة فينتقض بهما أيضًا، قلنا: أريد بالشركة شركة المفاوضة إذ الكلام فيها، والمعنى أنَّ شركة المفاوضة إذا كانت في المال يجب أن يكون ذلك المال من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة لأنَّ المفاوضة لا تكون إلا في هذا المال.

قوله: بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ، لأنَّها جوزت بخلاف القياس، لِمَا فيها من ربح ما لم يضمن لأنَّ مال المضاربة غير مضمون على المضارب، حتَّىٰ لو هلك لا يضمن المضارب، وقد نَهى النبي عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن، والمضارب له نصيب من الربح فاقتصر علىٰ مورد الشرع وهو عقد المضاربة.

لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَأْسَ مَالِهِ وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ فَمَا يَسْتَحِقُّهُ أَحَدُهُمَا مِنَ الزِّيَادَةِ فِي مَالِ صَاحِبِهِ رِبْحُ مَا لَمْ يَمْلِكْ وَمَا لَمْ يَضْمَنْ، بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِأَنَّ ثَمَنَ مَا يَشْتَرِيهِ فِي ذِمَّتِهِ إِذْ هِيَ لَا تَتَعَيَّنُ فَكَانَ رِبْحُ مَا يَضْمَنُ، وَلِأَنَّ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي العُرُوضِ البَيْعُ وَفِي النُّقُودِ الشِّرَاءُ، وَبَيْعُ أَحَدِهِمَا مَالَهُ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ الآخَرُ شَرِيكًا فِي ثَمَنِهِ لَا يَجُوزُ، وَشِرَاءُ أَحَدِهِمَا شَيْئًا بِمَالِهِ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ المَبِيعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ جَائِزٌ، وَأَمَّا الفُلُوسُ النَّافِقَةُ فَلِأَنَّهَا تَرُوجُ رَوَاجَ الأَثْمَانِ فَالْتَحَقَتْ بِهَا، قَالُوا: هٰذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالنُّقُودِ عِنْدَهُ حَتَّىٰ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ بِأَعْيَانِهَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ لَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ بِهَا لِأَنَّ ثُمْنِيَّتَهَا تَتَبَدَّلُ سَاعَةً فَسَاعَةً وَتَصِيرُ سِلْعَةً، وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، وَالْأَوَّلُ أَقْيَسُ

قوله: بِأَعْيَانِهَا، إنَّما قيَّد بها لتظهر ثمرة الاختلاف لأنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئةً لا يجوز بالاتفاق، فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد، وعند محمد رحمه الله تعالى لهذا ولمعنى الثمنية، وأمَّا إذا كانت بأعيانِها فعندهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز.

قوله: وَتَصِيرُ سِلْعَةً، يعني الشركة لدوامها حكم الابتداء، ولو كانت سلعةً ابتداءً لما انعقدت فكذا انتهاءً.

قوله: وَالْأَوَّلُ أَقْيَسُ، أي كون أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ، لأنَّهما

وَأَظْهَرُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ صِحَّةُ المُضَارَبَةِ بِهَا.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِمَا سِوَىٰ ذٰلِكَ إِلَّا أَنْ يَتَعَامَلَ النَّاسُ بِالتِّبْرِ) وَالنُّقْرَةُ فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِهِمَا، هٰكَذَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا تَكُونُ المُفَاوَضَةُ بِمَثَاقِيلِ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ) وَمُرَادُهُ التِّبْرُ، فَعَلَىٰ هٰذِهِ الرِّوَايَةِ التِّبْرُ سِلْعَةٌ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَلَا تَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ أَنَّ النُّقْرَةَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ حَتَّىٰ لَا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بِهَا بِهَلَاكِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَعَلَىٰ تِلْكَ الرِّوَايَةِ تَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِيهِمَا، وَهٰذَا لِمَا عُرِفَ أَنَّهُمَا خُلِقَا ثَمَنَيْنِ فِي الأَصْلِ، إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا وَإِنْ خُلِقَتْ لِلتِّجَارَةِ فِي الأَصْلِ لٰكِنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالضَّرْبِ المَخْصُوصِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذٰلِكَ لَا تُصْرَفُ إِلَىٰ شَيْءٍ آخَرَ ظَاهِرًا ....

لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضًا في عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة لأنه لمَّا جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض ولا يصلح العروض لرأس مال الشركة.

قوله: فِيهِمَا، أي في الشركة والمضاربة.

قوله: إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ، وهو رواية الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهبٍ أو فضَّةٍ.

قوله: لِأَنَّ عِنْدَ ذٰلِكَ لَا تُصْرَفُ إِلَىٰ شَيْءٍ آخَرَ ظَاهِرًا، أي عند الضرب لا يصرف

إِلَّا أَنْ يَجْرِيَ التَّعَامُلُ بِاسْتِعْمَالِهِمَا ثَمَنًا فَنَزَلَ التَّعَامُلُ بِمَنْزِلَةِ الضَّرْبِ فَيَكُونُ ثَمَنًا وَيَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ.

ثُمَّ قَوْلُهُ (وَلَا تَجُوزُ بِمَا سِوَىٰ ذٰلِكَ) يَتَنَاوَلُ المَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ وَالْعَدَدِيَّ المُتَقَارِبَ، وَلَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَنَا قَبْلَ الخَلْطِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِبْحُ مَتَاعِهِ وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ، وَإِنْ خَلَطَا ثُمَّ اشْتَرَكَا فَكَذٰلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَالشَّرِكَةُ شَرِكَةُ مِلْكٍ لَا شَرِكَةُ عَقْدٍ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَصِحُّ شَرِكَةُ العَقْدِ، وَثَمَرَةُ الِاخْتِلَافِ تَظْهَرُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي المَالَيْنِ وَاشْتِرَاطِ التَّفَاضُلِ فِي الرِّبْحِ، فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا قَالَهُ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ بَعْدَ الخَلْطِ كَمَا تَعَيَّنَ قَبْلَهُ، وَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا ثَمَنٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّىٰ جَازَ البَيْعُ بِهَا دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ، وَمَبِيعٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ

إلىٰ شيء آخر من صياغة القلب والخاتم ظاهرًا.

قوله: إِلَّا أَنْ يَجْرِيَ التَّعَامُلُ، هذا استثناء عن قوله: إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ، يعني أنَّ عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضَّة أصحُّ إلَّا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذٍ تجوز الشركة بِها، قالوا المعتبر فيه التعارف ففي كل بلدةٍ جرىٰ فيه التعامل بالمبايعة بالتِّبر فهو كالنقود لا يتعيَّن في العقود وتصحُّ الشركة به، ونزل التعامل باستعماله ثمنًا منزلة الضرب المخصوص، وفي كل بلدة لم يجر التعامل بالمبايعة بالتِّبر فهو كالعروض يتعيَّن في العقود ولا تصحُّ الشركة به.

بِالْإِضَافَةِ إِلَى الحَالَيْنِ، بِخِلَافِ العُرُوضِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ ثَمَنًا بِحَالٍ، وَلَوِ اخْتَلَفَا جِنْسًا كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيْتِ وَالسَّمْنِ فَخُلِطَا لَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ بِهَا بِالِاتِّفَاقِ، وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَخْلُوطَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ، وَمِنْ جِنْسَيْنِ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ فَتَتَمَكَّنُ الجَهَالَةُ كَمَا فِي العُرُوضِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ فَحُكْمُ الخَلْطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ القَضَاءِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَالِ الآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ) قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ (وَهٰذِهِ شَرِكَةُ

قوله: بِالْإِضَافَةِ إِلَى الحَالَيْنِ، يعني جعل المكيل والموزون في حكم الأثمان بعد الخلط لا قبله، وإنَّما جعل كذلك لأنَّ حقَّ كل واحد منهما بعد الخلط غير متعيِّن كالأثمان بخلاف ما قبله.

قوله: وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَخْلُوطَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ، حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كلِّ واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل ومن جنسين من ذوات القيِّم حتى يضمن متلفه قيمته فلا يمكن تحصيل رأس مال كلِّ واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فصار كالعروض.

قوله: فَحُكْمُ الخَلْطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ القَضَاءِ، أي قضاء الجامع الصغير لأنه ذكر حكم الخلط في كتاب الوديعة في الهداية.

قوله: وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَالِ الآخَرِ، وإنَّما يبايعان على هذا الوجه احترازًا عن الفساد الذي ذكر في عقد الشركة

مِلْكٍ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ العُرُوضَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قِيمَةُ مَتَاعِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ يَبِيعُ صَاحِبُ

بالعروض وهو أداؤه إلىٰ ربح ما لم يضمن لأنَّ مال كل واحد منهما عند صاحبه في العروض غير مضمون، وما استحقَّه أحدهما من فضل ربح مال صاحبه كان ربح ما لم يضمن على ما ذكر فلا يجوز، وأمَّا إذا باع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه كان نصف كل واحد منهما مضمونًا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز، وذكر في الذخيرة: ثم الحيلة في تجويز الشركة بما يتعيَّن في العقود أن يبيع كلَّ واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركًا بينهما شركة ملك، ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة إن شاءا مفاوضةً وإن شاءا عنانًا، وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقابضا ثم عقدا عليها عقد الشركة مفاوضةً أو عنانًا جاز، ويصير العروض رأس مال الشركة، والعروض بعد ما صار مشتركًا بينهما يصلح رأس مال الشركة وإن كان ذلك لا يجوز، ذكره الإمام خواهر زاده رحمه الله تعالىٰ على هذا الوجه، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالى: قوله في الهداية «وَهٰذِهِ الشَّرِكَةُ مِلْكٌ» مشكلٌ لأنَّ شركة الملك تحصل بمجرَّد بيع كل واحد منهما نصيبه ولا حاجة في ذلك إلى العقد، فقوله ثم عقد الشركة ينافي كونَها شركة ملك إلا أن يقال: أراد به هي شركة ملك وإن عقدا الشركة لأنَّ هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضًا، إلىٰ هذا كلامه، وقوله: لأنَّ هذا العقد كلا عقد، إن أراد به أنه لم يثبت هذه الشركة في هذا المال بالعقد فمسلَّمٌ، وإن أراد أنَّ هذا العقد لا أثر له في المستفاد بعد هذا فممنوع، لأنَّ هذا العقد يفيد توكيل كل واحد منهما لصاحبه ببيع نصيبه ثم بالشراء بعده بثمنه.

قوله: وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ يَبِيعُ صَاحِبُ الأَقَلِّ بِقَدْرِ مَا تَثْبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ، بيان

الأَقَلِّ بِقَدْرِ مَا تَثْبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ.

قَالَ: (وَأَمَّا شَرِكَةُ العِنَانِ فَتَنْعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ دُونَ الكَفَالَةِ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ اثْنَانِ فِي نَوْعِ بُرٍّ أَوْ طَعَامٍ، أَوْ يَشْتَرِكَانِ فِي عُمُومِ التِّجَارَاتِ وَلَا يَذْكُرَانِ الكَفَالَةَ) ، وَانْعِقَادُهُ عَلَى الوَكَالَةِ لِتَحَقُّقِ مَقْصُودِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا تَنْعَقِدُ عَلَى الكَفَالَةِ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُشْتَقٌّ مِنَ الأَعْرَاضِ يُقَالُ عَنَّ لَهُ: أَيْ عَرَضَ، وَهٰذَا لَا يُنْبِئُ عَنِ الكَفَالَةِ وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ لَا يَثْبُتُ بِخِلَافِ مُقْتَضَى اللَّفْظِ.

(وَيَصِحُّ التَّفَاضُلُ فِي المَالِ) لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَلَيْسَ مِنْ قَضِيَّةِ اللَّفْظِ

ذلك هو أن تكون قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة، فإنه يبيع صاحب الأقلِّ أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسًا ويكون الربح بينهما قدر رأس مالهما.

قوله: يُقَالُ عَنَّ لَهُ، أي اعترض، قال ابن السكيت: كأنه عنَّ لهما شيء فاشتركا فيه، أو من عنان الفرس كما ذهب إليه الكسائي والأصمعي، لأن كلاً منهما جعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه، أو لأنه يجوز أن يتفاوتا في رأس المال والربح كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة المدِّ والإرخاء، ويصحُّ التفاضل في المال للحاجة إليه وهي ما بينه في التفاضل في الربح، ويصحُّ أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح، وذكر في فتاوى قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: فإن شرطا المساواة في المال واشترطا لأحدهما فضل ربح إن شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما علىٰ ما شرطا عملاً جميعًا أو عمل أحدهما دون الآخر، فإن شرطا العمل على المشروط له فضل الربح جاز أيضًا، وإن شرطا العمل على أقلِّهما ربحًا لا يجوز.

المُسَاوَاةُ (وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي المَالِ وَيَتَفَاضَلَا فِي الرِّبْحِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ التَّفَاضُلَ فِيهِ يُؤَدِّي إِلَىٰ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَإِنَّ المَالَ إِذَا كَانَ نِصْفَيْنِ وَالرِّبْحَ أَثْلَاثًا فَصَاحِبُ الزِّيَادَةِ يَسْتَحِقُّهَا بِلَا ضَمَانٍ، إِذِ الضَّمَانُ بِقَدْرِ رَأْسِ المَالِ، وَلِأَنَّ الشَّرِكَةَ عِنْدَهُمَا فِي الرِّبْحِ لِلشَّرِكَةِ فِي الأَصْلِ، وَلِهٰذَا يَشْتَرِطَانِ الخَلْطَ، فَصَارَ رِبْحُ المَالِ بِمَنْزِلَةِ نَمَاءِ الأَعْيَانِ فَيُسْتَحَقُّ بِقَدْرِ المِلْكِ فِي الأَصْلِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - «الرِّبْحُ عَلَىٰ مَا شَرَطَا، وَالْوَضِيعَةُ عَلَىٰ قَدْرِ المَالَيْنِ» وَلَمْ يَفْصِلْ، وَلِأَنَّ الرِّبْحَ كَمَا يُسْتَحَقُّ بِالْمَالِ يُسْتَحَقُّ بِالْعَمَلِ كَمَا فِي المُضَارَبَةِ؛ وَقَدْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا أَحْذَقَ وَأَهْدَىٰ وَأَكْثَرَ عَمَلًا وَأَقْوَىٰ فَلَا يَرْضَىٰ بِالْمُسَاوَاةِ فَمَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَى التَّفَاضُلِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّبْحِ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ يَخْرُجُ العَقْدُ بِهِ مِنَ الشَّرِكَةِ وَمِنَ المُضَارَبَةِ أَيْضًا إِلَىٰ قَرْضٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِلْعَامِلِ أَوْ

قوله: إِذِ الضَّمَانُ بِقَدْرِ رَأْسِ المَالِ، فمتىٰ شرط لأحدهما زيادة صار المشروط له تلك الزيادة آخذًا إيَّاها من غير ضمان، وهذا لا يجوز.

قوله: الرِّبْحُ عَلَىٰ مَا شَرَطَا، وَالْوَضِيعَةُ عَلَىٰ قَدْرِ المَالَيْنِ، والفرق بين الربح والوضيعة أنَّ الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون المال كما في المضاربة فبالعمل مع المال أوْلىٰ، أمَّا الوضيعة فهلاك جزء من المال، وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه، واشتراط الضمان على الأمين باطلٌ، ألا ترىٰ أنه لا يجوز اشتراط الوضيعة على المضارب لما قلنا، كذا هنا.

إِلَىٰ بِضَاعَةٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِرَبِّ المَالِ، وَهٰذَا العَقْدُ يُشْبِهُ المُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَعْمَلُ فِي مَالِ الشَّرِيكِ، وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ اسْمًا وَعَمَلًا فَإِنَّهُمَا يَعْمَلَانِ فَعَمِلْنَا بِشَبَهِ المُضَارَبَةِ، وَقُلْنَا: يَصِحُّ اشْتِرَاطُ الرِّبْحِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ حَتَّىٰ لَا تَبْطُلُ بِاشْتِرَاطِ العَمَلِ عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَعْضِ مَالِهِ دُونَ البَعْضِ) لِأَنَّ المُسَاوَاةَ فِي المَالِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ إِذِ اللَّفْظُ لَا يَقْتَضِيهِ (وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ المُفَاوَضَةَ تَصِحُّ بِهِ لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ

قوله: وَهٰذَا العَقْدُ – أي شركة العنان – يُشْبِهُ المُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَعْمَلُ فِي مَالِ الشَّرِيكِ.

قوله: وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ – أي شركة المفاوضة – ... فَعَمِلْنَا بِشَبَهِ المُضَارَبَةِ، وإنَّما أظهرنا شبه المضاربة في حق إباحة زيادة الربح بغير ضمان ليمكننا العمل بالشبهين، فإنَّا متى اعتبارناها مضاربةً في اشتراط عملهما وأبطلناها لم يتصوَّر استحقاق الربح أصلاً بحكم الشركة فيتعذَّر العمل بالشبهين.

قوله: وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ، حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما، وفي المضاربة إذا شرط عمل ربُّ المال بطل العقد، وذلك لأنَّ المضاربة أمانةٌ وتمام الأمانة يقفُ على التخلية بين الأمين والوديعة، فإذا شرط عمل ربُّ المال لم توجد التخلية، وأمَّا في الشركة فكلُّ واحد منهما كالأجير في مال الآخر فشرط عمل ربِّ المال معنًى لا يبطل العقد فإنَّ من استأجر أجيرًا ليعينه على العمل كان جائزًا.

قوله: لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، وهو أنه يؤدِّي إلىٰ ربح ما لم يضمن.

(وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَا وَمِنْ جِهَةِ أَحَدِهِمَا دَنَانِيرُ وَمِنَ الآخَرِ دَرَاهِمُ، وَكَذَا مِنْ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ بِيضٌ وَمِنَ الآخَرِ سُودٌ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا يَجُوزُ، وَهٰذَا بِنَاءٌ عَلَى اشْتِرَاطِ الخَلْطِ وَعَدَمِهِ فَإِنَّ عِنْدَهُمَا شَرْطٌ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذٰلِكَ فِي مُخْتَلِفِي الجِنْسِ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَمَا اشْتَرَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلشَّرِكَةِ طُولِبَ بِثَمَنِهِ دُونَ الآخَرِ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الوَكَالَةَ دُونَ الكَفَالَةِ، وَالْوَكِيلُ هُوَ الأَصْلُ فِي الحُقُوقِ.

قَالَ: (ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ) مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّىٰ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ فِي حِصَّتِهِ فَإِذَا نَقَدَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ ذٰلِكَ إِلَّا بِقَوْلِهِ فَعَلَيْهِ الحُجَّةُ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي وُجُوبَ المَالِ فِي ذِمَّةِ الآخَرِ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ.

قَالَ (وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ أَوْ أَحَدُ المَالَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَا شَيْئًا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ) لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ المَالُ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ فِيهِ كَمَا فِي الهِبَةِ وَالْوَصِيَّةِ، وَبِهَلَاكِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ يَبْطُلُ

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَا وَمِنْ جِهَةِ أَحَدِهِمَا دَنَانِيرُ وَمِنَ - جهة - الآخَرِ دَرَاهِمُ، يريد أي شركة كانت مفاوضةً أو عنانًا.

قوله: فَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ ذٰلِكَ إِلَّا بِقَوْلِهِ، أي الشراء والنقد، بأن قال: اشتريت عبدًا ونقدتُ الثمن من مالي ومات العبد، فهذا ممَّا لا يُعرف إلَّا بقوله.

العَقْدُ كَمَا فِي البَيْعِ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ المُفْرَدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعْيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالْقَبْضِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَهٰذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا هَلَكَ المَالَانِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالِهِ إِلَّا لِيُشْرِكَهُ فِي مَالِهِ، فَإِذَا فَاتَ ذٰلِكَ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِشَرِكَتِهِ فَيَبْطُلُ العَقْدُ لِعَدَمِ فَائِدَتِهِ، وَأَيُّهُمَا هَلَكَ هَلَكَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ؛ إِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ هَلَكَ فِي يَدِ الآخَرِ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الخَلْطِ حَيْثُ يَهْلِكُ عَلَى الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ فَيُجْعَلُ الهَالِكُ مِنَ المَالَيْنِ.

(وَإِنِ اشْتَرَىٰ أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ وَهَلَكَ مَالُ الآخَرِ قَبْلَ الشِّرَاءِ فَالْمُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ مَا شَرَطَا) لِأَنَّ المِلْكَ حِينَ وَقَعَ وَقَعَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا لِقِيَامِ الشَّرِكَةِ وَقْتَ الشِّرَاءِ فَلَا يَتَغَيَّرُ الحُكْمُ بِهَلَاكِ مَالِ الآخَرِ بَعْدَ ذٰلِكَ، ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، خِلَافًا لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رَحِمَهُ اللهُ، حَتَّىٰ إِنَّ أَيَّهُمَا بَاعَ جَازَ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ قَدْ تَمَّتْ فِي

قوله: بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ المُفْرَدَةِ، فإنَّ النقود لا تتعين فيهما بالتعيين وإنما تتعين بالقبض، وقيَّد الوكالة بالمفردة احترازًا عن الوكالة التي في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن، فإنَّ الوكالة فيهما تبطل ببطلان ما يتضمنها من الشركة والرَّهن.

قوله: خِلَافًا لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإنَّها شركة ملك عنده، حتى لا ينعقد بيع أحدهما إلَّا في حصته لأنَّ شركة العقد بطلت بهلاك أحد المالين، فإن هلك أحد

الْمُشْتَرَىٰ فَلَا يُنْتَقَضُ بِهَلَاكِ المَالِ بَعْدَ تَمَامِهَا.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِحِصَّةٍ مِنْ ثَمَنِهِ) لِأَنَّهُ اشْتَرَىٰ نِصْفَهُ بِوَكَالَتِهِ وَنَقَدَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، هٰذَا إِذَا اشْتَرَىٰ أَحَدُهُمَا بِأَحَدِ المَالَيْنِ أَوَّلًا ثُمَّ هَلَكَ مَالُ الآخَرِ، أَمَّا إِذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشْتَرَى الآخَرُ بِمَالِ الآخَرِ، إِنْ صَرَّحَا بِالْوَكَالَةِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ فَالْمُشْتَرَىٰ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ مَا شَرَطَا؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِنْ بَطَلَتْ فَالْوَكَالَةُ المُصَرَّحُ بِهَا قَائِمَةٌ فَكَانَ مُشْتَرَكًا بِحُكْمِ الوَكَالَةِ، وَيَكُونُ شَرِكَةَ مِلْكٍ وَيَرْجِعُ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ ذَكَرَا مُجَرَّدَ الشَّرِكَةِ وَلَمْ يَنُصَّا عَلَى الوَكَالَةِ فِيهَا كَانَ الْمُشْتَرَىٰ

المالين ثم اشترى الآخر بماله إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة، بأن صرحا عند عقد الشركة أنَّ ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركًا بينهما، فالمشترى مشترك بينهما كما شرطا، لأنَّ الشركة إن بطلت بِهلاك أحد المالين فالوكالة المنصوص عليها باقية فكان المشترى مشتركًا بينهما بحكم الوكالة، وكانت شركة ملك، حتى لا يملك أحدهما أن يتصرَّف في نصيب الآخر ورجع المشتري علىٰ صاحبه بحصته من الثمن لأنه اشترى بعضه بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم يصرحا بالوكالة فيها فالمشترى للمشتري خاصة لأنَّ الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بِهلاك مال أحدهما فبطل ما في ضمنها، إذ لا بقاء لِمَا ثبت ضمنًا بعد فوات المتضمِّن، بخلاف ما إذا صرَّحا بالوكالة لكونِها مقصودةً فلا تبطل ببطلان الشركة، وذكر في بعض المواضع: إذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشترى بينهما نصفين يريد به إذا صرَّحا بالوكالة عند عقد الشركة.

لِلَّذِي اشْتَرَاهُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ الوُقُوعَ عَلَى الشَّرِكَةِ حُكْمُ الوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَتْهَا الشَّرِكَةُ، فَإِذَا بَطَلَتْ يَبْطُلُ مَا فِي ضِمْنِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَّحَ بِالْوَكَالَةِ لِأَنَّهَا مَقْصُودَةٌ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلِطَا المَالَ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ الرِّبْحَ فَرْعُ المَالِ، وَلَا يَقَعُ الفَرْعُ عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا بَعْدَ الشَّرِكَةِ فِي الأَصْلِ وَأَنَّهُ بِالْخَلْطِ، وَهٰذَا لِأَنَّ المَحَلَّ هُوَ المَالُ وَلِهٰذَا يُضَافُ إِلَيْهِ، وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينُ رَأْسِ المَالِ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرِكَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ يَعْمَلُ لِرَبِّ المَالِ فَيَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ عِمَالَةً عَلَىٰ عَمَلِهِ، أَمَّا هُنَا بِخِلَافِهِ، وَهٰذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ لَهُمَا

قوله: وَأَنَّهُ بِالْخَلْطِ، إذ الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك إنَّما يتحقق بالخلط بالملك، والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة، فإذا خلطا المالين على وجه لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر فقد تحقَّقت الشركة في المال فتبتني عليه الشركة في الربح، فأمَّا قبل الخلط لم تثبت الشركة في المال، حتَّىٰ إذا هلك رأس مال أحدهما كان هالكًا عليه خاصَّة فلا تثبت الشركة في الربح.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّ المَحَلَّ هُوَ المَالُ، يعني أنَّ محل العقد هو المال، ألا ترىٰ أنه يضاف إلى المال يقال: شركة المال، والشيء إنَّما يضاف إلىٰ سببه أو محله ولا سببية هنا فيكون محلاً والمحل شروط لا أسباب.

قوله: وَلِهٰذَا يُضَافُ إِلَيْهِ، أي يقال: عقد شركة المال.

قوله: وَهٰذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ لَهُمَا، وهو أنَّ الربح فرع المال ويبتني على هذا الأصل

حَتَّىٰ يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ الجِنْسِ، وَيُشْتَرَطُ الخَلْطُ وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الرِّبْحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي المَالِ، وَلَا تَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ وَالْأَعْمَالِ لِانْعِدَامِ المَالِ، وَلَنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ مُسْتَنِدَةٌ إِلَى العَقْدِ دُونَ المَالِ؛ لِأَنَّ العَقْدَ يُسَمَّىٰ شَرِكَةً فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ مَعْنَىٰ هٰذَا الِاسْمِ فِيهِ فَلَمْ يَكُنِ الخَلْطُ شَرْطًا، وَلِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فَلَا يُسْتَفَادُ الرِّبْحُ بِرَأْسِ المَالِ، وَإِنَّمَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ لِأَنَّهُ فِي النِّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصْفِ وَكِيلٌ، وَإِذَا تَحَقَّقَتِ الشَّرِكَةُ فِي التَّصَرُّفِ بِدُونِ الخَلْطِ تَحَقَّقَتْ فِي المُسْتَفَادِ بِهِ وَهُوَ الرِّبْحُ بِدُونِهِ، وَصَارَ كَالْمُضَارَبَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الجِنْسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرِّبْحِ، وَتَصِحُّ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ إِذَا شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاةٌ مِنَ الرِّبْحِ) لِأَنَّهُ شَرْطٌ يُوجِبُ انْقِطَاعَ الشَّرِكَةِ فَعَسَاهُ لَا يُخْرِجُ إِلَّا قَدْرَ المُسَمَّىٰ

شرط اتحاد الجنس والمساواة في الربح والمال وبطل شركة التقبل والوجوه عند الشافعي رحمه الله تعالى لعدم المال.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ مُسْتَنِدَةٌ إِلَى العَقْدِ، يعني أنَّ الاشتِراك في الربح بالعقد لا برأس المال لأنَّ العقد يسمَّىٰ عقد شركة فينبغي أن يتحقق معنى هذا الاسم فيه ولا تثبت الشركة في رأس مال لتوقف ذلك على الخلط، كما بينتم فتعيَّن أن يكون مثبتًا للشركة في الربح.

قوله: فِي المُسْتَفَادِ بِهِ - أي بالتصرُّف - وَهُوَ الرِّبْحُ بِدُونِهِ، أي بدون خلط رأس المال.

لِأَحَدِهِمَا، وَنَظِيرُهُ فِي الْمُزَارَعَةِ.

قَالَ: (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَفَاوِضَيْنِ وَشَرِيكَيِ العِنَانِ أَنْ يُبْضِعَ المَالَ) لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى العَمَلِ، وَالتَّحْصِيلُ بِغَيْرِ عِوَضٍ دُونَهُ فَيَمْلِكُهُ، وَكَذَا لَهُ أَنْ يُودِعَهُ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ وَلَا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنْهُ بُدًّا.

قَالَ: (وَيَدْفَعُهُ مُضَارَبَةً) ؛ لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ فَتَتَضَمَّنُهَا، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ نَوْعُ شَرِكَةٍ، وَالْأَصَحُّ هُوَ الأَوَّلُ، وَهُوَ رِوَايَةُ الأَصْلِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ، وَإِنَّمَا المَقْصُودُ تَحْصِيلُ الرِّبْحِ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ بِأَجْرٍ بَلْ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهَا ....

قوله: وَنَظِيرُهُ فِي الْمُزَارَعَةِ، وهو أن يشرط لأحدهما قفزانًا مسمَّاة فالمزارعة باطلة، فكذا ما على الماذيانات والسواقي.

قوله: لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ، ألا ترىٰ أنه ليسَ على المضارب شيء من الوضيعة، وأنَّ المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيءٌ من الربح، وأمَّا إذا فسدت الشركة فالربح فيها على قدر رأس المال لهما.

قوله: لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، أي الدافع، وفي المبسوط: وله أن يدفع من مال الشركة مضاربةً لأنَّ له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في الذمَّة فلأَن يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل بعمله من غير أن يكون ذلك مضمونًا في الذمَّة أوْلىٰ، لأنَّ هذا أنفع لهما.

لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ.

قَالَ: (وَيُوَكِّلُ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ) لِأَنَّ التَّوْكِيلَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ وَالشَّرِكَةُ انْعَقَدَتْ لِلتِّجَارَةِ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ

قوله: لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ، فإن قيل: المكاتب يكاتب عبده، والمأذون يأذن، ويجوز اقتداء المفترض بالمفترض والمتنفل بالمتنفل، فيلزم منه استتباع الشيء مثله، وكذا النصُّ الناسخ يرفع النصَّ المنسوخ وهما مثلان فأَوْلىٰ أن يستتبع مثله، قلنا: استتباع المثل في المكاتب والمأذون لم يكن مقصودًا بل يثبت لهما من ضرورة إطلاق الاكتساب وفتح باب التجارة، أمَّا ههنا لو قلنا تجوز الشركة لأحد الشريكين يلزم استتباع المثل مقصودًا وذلك لا يجوز، كما في التوكيل فإنه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بمطلق التوكيل لأنَّ الثاني مثل الأول فلا ينتظمه مقصودًا ولكن ينتظمه ضمنًا كالوكالة الثابتة في ضمن الشركة، وذكر في المبسوط: هذا كله في حقِّ الغير أي عدم جواز استتباع الشيء مثله كما في الشركة والمضاربة، فأمَّا في حقِّ نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله، ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب عبده وللمأذون أن يأذن لعبده لأنه متصرِّف لنفسه بفكِّ الحجر، وأما اقتداء المفترض بالمفترض فجوازه ثبت بالإجماع، وبقوله عليه الصلاة والسلام: «الإمام ضامن» ولأنَّ صلاة المقتدي مبنية على صلاة الإمام في حقِّ الجواز والفساد بالحديث، لا أن يكون صلاة الإمام مستتبعة لصلاة المقتدي، وأمَّا الناسخ فهو رافع صورةً ولكن في الحقيقة مبين انتهاء حكم المنسوخ في أنَّ شرعيته كانت إلىٰ هذا الوقت فلم يكن رفعًا في الحقيقة فلا يرد نقضًا.

قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ، لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلم يستتبع التوكيل لأنه مثل الأول، وهنا الشركة انعقدت للتجارة لتحصيل الربح والتوكيل بالشراء من جملته إذ الربح كما يحصل بتصرُّفه يحصل بتصرُّف غيره فصار كأنَّ كل واحد

حَيْثُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ لِأَنَّهُ عَقْدٌ خَاصٌّ طُلِبَ مِنْهُ تَحْصِيلَ العَيْنِ فَلَا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ.

قَالَ: (وَيَدُهُ فِي المَالِ يَدُ أَمَانَةٍ) لِأَنَّهُ قَبَضَ المَالَ بِإِذْنِ المَالِكِ لَا عَلَىٰ وَجْهِ البَدَلِ وَالْوَثِيقَةِ فَصَارَ كَالْوَدِيعَةِ.

قَالَ: (وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ) وَتُسَمَّىٰ شَرِكَةَ التَّقَبُّلِ (كَالْخَيَّاطِينَ وَالصَّبَّاغِينَ يَشْتَرِكَانِ عَلَىٰ أَنْ يَتَقَبَّلَا الأَعْمَالَ وَيَكُونَ الكَسْبُ بَيْنَهُمَا فَيَجُوزُ ذٰلِكَ) وَهٰذَا عِنْدَنَا، وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ هٰذِهِ شَرِكَةٌ لَا تُفِيدُ مَقْصُودَهَا وَهُوَ التَّثْمِيرُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ رَأْسِ المَالِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ تُبْتَنَىٰ عَلَى الشَّرِكَةِ فِي المَالِ عَلَىٰ أَصْلِهِمَا عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ، وَلَنَا أَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ وَهُوَ مُمْكِنٌ بِالتَّوْكِيلِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ وَكِيلًا فِي النِّصْفِ أَصِيلًا فِي النِّصْفِ تَحَقَّقَتِ الشَّرِكَةُ فِي المَالِ المُسْتَفَادِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ العَمَلِ وَالْمَكَانِ

منهما وكيلٌ خاصٌّ بالشراء قيل له اعمل برأيك فله أن يوكل غيره، وإنَّما لا يملك المشاركة وإن تمكن منها عند قوله: اعمل برأيك، نصًّا إظهارًا للتفاوت بين ما ثبت نصًّا وبين ما ثبت مقتضى تحصيل الربح.

قوله: لَا عَلَىٰ وَجْهِ البَدَلِ، احتراز عن المقبوض على سوم الشراء، وَالْوَثِيقَةِ، احتراز عن المقبوض بجهة الرهن.

قوله: وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ العَمَلِ وَالْمَكَانِ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ

خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ المَعْنَى المُجَوِّزَ لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ لَا يَتَفَاوَتُ.

(وَلَوْ شَرَطَا العَمَلَ نِصْفَيْنِ وَالْمَالَ أَثْلَاثًا جَازَ) وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ العَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَمْ يَجُزِ العَقْدُ لِتَأْدِيَتِهِ إِلَيْهِ، وَصَارَ كَشَرِكَةِ الوُجُوهِ، وَلٰكِنَّا نَقُولُ: مَا يَأْخُذُهُ لَا يَأْخُذُهُ رِبْحًا لِأَنَّ الرِّبْحَ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، وَقَدِ اخْتَلَفَ

تَعَالَىٰ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ المَعْنَى المُجَوِّزَ لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلىٰ ما ذكر قبيله: أَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ، أي تحصيل المال، أمَّا اتحاد العمل فظاهرٌ، وأمَّا اتحاد المكان فلأنه لو عمل أحد الشريكين في دكان والآخر في دكان آخر يجوز عندنا خلافًا لهما، فإن قيل: كيف يتصوَّر قول زفر رحمه الله تعالىٰ في جواز الشركة عند اتحاد العمل وقد ذكر قبل هذا قول زفر مع الشافعي رحمهما الله تعالى في اشتراط الخلط حيث قال: وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط، ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال، ولا يجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال؟ قلنا: عن زفر رحمه الله تعالى روايتان في اشتراط خلط المالين ذكرهما في المبسوط، ذكر أحد قوليه مع الشافعي رحمه الله تعالى والآخر مع مالك رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَوْ شَرَطَا العَمَلَ نِصْفَيْنِ وَالْمَالَ أَثْلَاثًا - أي المال الحاصل من العمل أثلاثًا - جَازَ، وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانًا وقد يكون مفاوضةً عند استجماع شرائطها لامكان تحقيق مقتضى المفاوضة في الأعمال كما في الأموال، وفي العنان من هذه الشركة يجوز شرط التفاضل في المال المستفاد بالعمل مع شرط التساوي في العمل.

قوله: لِأَنَّ الرِّبْحَ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، أي الربح لا يظهر إلَّا عند اتحاد الجنس أي

لِأَنَّ رَأْسَ المَالِ عَمَلٌ وَالرِّبْحَ مَالٌ فَكَانَ بَدَلَ العَمَلِ وَالْعَمَلُ يُتَقَوَّمُ بِالتَّقْوِيمِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا قُوِّمَ بِهِ فَلَا يَحْرُمُ، بِخِلَافِ شَرِكَةِ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّ جِنْسَ المَالِ مُتَّفِقٌ وَالرِّبْحُ يَتَحَقَّقُ فِي الجِنْسِ المُتَّفِقِ، وَرِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي المُضَارَبَةِ.

قَالَ: (وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ العَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ) حَتَّىٰ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُطَالَبُ بِالْعَمَلِ وَيُطَالِبُ بِالْأَجْرِ (وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ) وَهٰذَا ظَاهِرٌ فِي المُفَاوَضَةِ وَفِي غَيْرِهَا اسْتِحْسَانٌ،

إذا كان الربح من جنس رأس المال، وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير فكان بدل العمل لا الربح فلا يلزم حينئذٍ كونه ربح ما لم يضمن، وذكر في المبسوط: الفرق بينهما من وجهين: أحدهما: أنَّ في التقبل الشريكين بائعان للعمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصحُّ منهما اشتراط التفاوت في الربح، فأمَّا في شركة الوجوه فمشتريان بثمنٍ في ذمتهما فمع المساواة في ملك المشتري لا يصحُّ شرط التفاوت في الربح.

قوله: بِخِلَافِ شَرِكَةِ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّ جِنْسَ المَالِ مُتَّفِقٌ، أي الربح من جنس رأس المال في شركة الوجوه لأنَّ الأصل والربح فيها من جنس المال فيظهر الربح، ثمَّ لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ذلك ربح ما لم يضمن، وذلك لا يكون إلَّا في المضاربة ولكن كان جواز ذلك فيها أيضًا لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب ولوقوعه في مقابلة المال في جانب ربِّ المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا ضمان بمقابلة زيادة الربح فيلزم فيها ربح ما لم يضمن من كل وجهٍ فلا يجوز، بخلاف شركة التقبل فإنَّ الأصل فيها عمل والمستفاد منه مال فلم يتَّفقا فلا يكون ربحًا.

قوله: وَهٰذَا ظَاهِرٌ فِي المُفَاوَضَةِ، أي إذا كانت شركة التقبل مفاوضةً بأن اشترطا

وَالْقِيَاسُ خِلَافُ ذٰلِكَ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَتْ مُطْلَقَةً وَالْكَفَالَةُ مُقْتَضَى الْمُفَاوَضَةِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ هٰذِهِ الشَّرِكَةَ مُقْتَضِيَةٌ لِلضَّمَانِ ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ العَمَلِ مَضْمُونٌ عَلَى الآخَرِ، وَلِهٰذَا يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ بِسَبَبِ نَفَاذِ تَقَبُّلِهِ عَلَيْهِ فَجَرَىٰ مَجْرَى الْمُفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ العَمَلِ وَاقْتِضَاءِ البَدَلِ.

قَالَ: (وَأَمَّا شَرِكَةُ الوُجُوهِ فَالرَّجُلَانِ يَشْتَرِكَانِ وَلَا مَالَ لَهُمَا عَلَىٰ أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا وَيَبِيعَا فَتَصِحَّ الشَّرِكَةُ عَلَىٰ هٰذَا) سُمِّيَتْ بِهِ لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِي بِالنَّسِيئَةِ إِلَّا مَنْ كَانَ لَهُ وَجَاهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةً

أن يكون قبول الأعمال منهما أو العمل منهما والربح والوضيعة بينهما على التساوي فهي شركة المفاوضة حتى تراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهي المساواة المطلقة، وإن تفاوتا في شيء ممَّا ذكرنا فهي شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان لفوات معنى المفاوضة.

قوله: فِي ضَمَانِ العَمَلِ وَاقْتِضَاءِ البَدَلِ، وإنَّما قيَّد بهما لأنَّ فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجرى المفاوضة، حتى قالوا: إذا أقرَّ أحدهما بدين من ثمن صابون وأشنان مستهلكٍ، أو أجر أجير أو أجرة ثبت لمدَّةٍ مضت لم يصدق علىٰ صاحبه ويلزمه خاصَّةً، لأنَّ التنصيصَ على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الإقرار موجب المفاوضة، كذا في الإيضاح.

قوله: وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةً، فالمفاوضة منها أن يكون الرجلان من أهل الكفالة، وأن يكون ثمن المشتَرى بينهما نصفين، وأن يتلفَّظا بلفظ المفاوضة، وأمَّا العنان منهما فهو أن يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشتَرى بينهما، وينبغي أن يشتَرطا الربح بينهما

لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَحْقِيقُ الكَفَالَةِ وَالْوَكَالَةِ فِي الأَبْدَالِ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَكُونُ عِنَانًا لِأَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَالْوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ مَا قَدَّمْنَاهُ فِي شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ.

قَالَ: (وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ الآخَرِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ) لِأَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الغَيْرِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِوَكَالَةٍ أَوْ بِوِلَايَةٍ وَلَا وِلَايَةَ فَتَتَعَيَّنُ الوَكَالَةُ (فَإِنْ شَرَطَا أَنَّ المُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَالرِّبْحُ كَذٰلِكَ يَجُوزُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلَا فِيهِ، وَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ المُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا فَالرِّبْحُ كَذٰلِكَ) ، وَهٰذَا لِأَنَّ الرِّبْحَ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِالْمَالِ أَوِ العَمَلِ أَوْ بِالضَّمَانِ فَرَبُّ المَالِ يَسْتَحِقُّهُ بِالْمَالِ، وَالْمُضَارِبُ يَسْتَحِقُّهُ بِالْعَمَلِ، وَالْأُسْتَاذُ الَّذِي يُلْقِي العَمَلَ عَلَى التِّلْمِيذِ ....

على قدر الضمان، وإن اشترطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطلٌ ويكون الربح بينهما علىٰ قدر ضمانِهما، كذا في شرح الطحاوي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: فِي الأَبْدَالِ، أي في الثمن والمثمَّن.

قوله: لِأَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، أي إلى العنان لأنَّ المعتاد فيما بين النَّاس شركة العنان فالمطلق ينصرف إلى المعتاد، كما إذا اشتَرىٰ بدراهمٍ مطلقةٍ.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّ الرِّبْحَ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِالْمَالِ أَوِ بِالْعَمَلِ أَوْ بِالضَّمَانِ، فإن قيل: يجوز أن تكون زيادة الربح لأحدهما لزيادة اهتدائه وعمله كما في شركة العنان، قلنا: إنَّما يجوز اشتِراط زيادة الربح على زيادة الهداية والعمل في مال معلومٍ كما في شركة العنان والمضاربة، ولم يوجد هنا.

بِالنِّصْفِ بِالضَّمَانِ، وَلَا يُسْتَحَقُّ بِمَا سِوَاهَا؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ تَصَرَّفْ فِي مَالِكِ عَلَىٰ أَنَّ لِي رِبْحَهُ لَمْ يَجُزْ لِعَدَمِ هٰذِهِ المَعَانِي، وَاسْتِحْقَاقُ الرِّبْحِ فِي شَرِكَةِ الوُجُوهِ بِالضَّمَانِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، وَالضَّمَانُ عَلَىٰ قَدْرِ المِلْكِ فِي المُشْتَرَىٰ وَكَانَ الرِّبْحُ الزَّائِدُ عَلَيْهِ رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُهُ إِلَّا فِي المُضَارَبَةِ، وَالْوُجُوهُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا، بِخِلَافِ العِنَانِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ فَيُلْحَقُ بِهَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: بِالنِّصْفِ، قيد اتفاقيٌّ فإنه يجوز أن يلقىٰ بأقلَّ من النصف أو أكثر.

قوله: بِالضَّمَانِ، أي يطالب الأستاذ بتحصيل ذلك فكان العمل مضمونًا على الأستاذ.

قوله: وَالْوُجُوهُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا، أي شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لأنَّ في شركة الوجوه كلَّ واحد من الشريكين مضمونٌ عليه العمل، وأمَّا المال فليس بمضمون على المضارب، وكذلك العمل ليس بمضمون على ربِّ المال، بخلاف العنان لأنَّه في معنى المضاربة من حيث إنَّ كلَّ واحد من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه، كالمضارب يعمل في مال ربِّ المال فجاز اشتراط زيادة الربح في العنان، كما جاز في المضاربة، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فَصْلٌ
فِي الشَّرِكَةِ الفَاسِدَةِ

(وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الِاحْتِطَابِ وَالِاصْطِيَادِ، وَمَا اصْطَادَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوِ احْتَطَبَهُ فَهُوَ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ) ، وَعَلَىٰ هٰذَا الِاشْتِرَاكُ فِي أَخْذِ كُلِّ شَيْءٍ مُبَاحٍ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ مُتَضَمِّنَةٌ مَعْنَى الوَكَالَةِ، وَالتَّوْكِيلُ فِي أَخْذِ المَالِ المُبَاحِ بَاطِلٌ لِأَنَّ أَمْرَ المُوَكِّلِ بِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ، .....

فصل في الشركة الفاسدة

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الِاشْتِرَاكُ فِي أَخْذِ كُلِّ شَيْءٍ مُبَاحٍ، نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال والبَراري من الجَوْز والفستق وغيرهما، فإن عملا ذلك وخلطاه ثم باعاه قسم الثمن على كيل ما كان لكلِّ واحد منهما إن كان كيليًّا، أو وزنه إن كان وزنيًّا، لأنَّ كل واحد منهما كان مالكًا لما أصابه، والثمن في البيع إنَّما يقسم على مالية المعقود عليه، ومالية المكيل والموزون تعتبَر بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك، وإن لم يكن كيليًّا أو وزنيًّا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكلِّ واحد منهما لأنَّ معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة وإن لم يعرف مقدار ما كان لكلِّ واحد منهما صدق كلُّ واحد منهما إلى النصف لأنَّهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في أيديهما فكلُّ واحد منهما في دعواه إلى النصف إنَّما يدعي ما كان في يديه والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله، ولا يصدق في الزيادة على النصف إلَّا ببيّنةٍ لأنه يدعي خلاف ما يشهد الظاهر له، وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرضٍ لا يملكانِها أو الجصِّ أو الملح أو الكحل أو ما أشبه ذلك، كذا في المبسوط.

وَالْوَكِيلُ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِهِ فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْهُ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُمَا بِالْأَخْذِ وَإِحْرَازِ المُبَاحِ، فَإِنْ أَخَذَاهُ مَعًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَإِنْ أَخَذَهُ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَعْمَلِ الآخَرُ شَيْئًا فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا وَأَعَانَهُ الآخَرُ فِي عَمَلِهِ بِأَنْ قَلَعَهُ أَحَدُهُمَا وَجَمَعَهُ الآخَرُ، أَوْ قَلَعَهُ وَجَمَعَهُ وَحَمَلَهُ الآخَرُ

قوله: وَالْوَكِيلُ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِهِ فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْهُ، قيل: أنَّ التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه ههنا فلم تثبت الشركة، كذا في الإيضاح، فإن قيل: يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد غير معين فإنه يجوز مع أنَّ الوكيل كان يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده فعلم بهذا أنه لا يشترط لصحَّة التوكيل أن لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل، قلنا: لا يشكل لِمَا أنَّ التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب لوجهين: أحدهما: أنَّ في العبد المعين لا يملك الوكيل أن يشتريه لنفسه بعد التوكيل وإن كان يملكه قبله والتوكيل بالاحتطاب في الحطب المعين وغير المعين سواء في أنه لا يصحُّ لوقوع التوكيل في أمر مباح لهما، والثاني: أنَّ بالتوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله ولم يكن الوكيل قادرًا هناك على إلزام الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل، فصحَّ ما قلنا أنَّ التوكيل إنَّما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل، وعلَّل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في المبسوط فقال: لأنَّ الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب فحينئذٍ كان كل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مالٍ ولا ضمانَ له فيه، أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه لنصف ما يكتسب بنصف ما يكتسب صاحبه وهذا مفاوضة في المجهول فلا تكون صحيحةً.

فَلِلْمُعِينِ أَجْرُ المِثْلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ ثَمَنِ ذٰلِكَ، وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَكَا وَلِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي عَلَيْهَا المَاءَ فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ، وَالْكَسْبُ كُلُّهُ لِلَّذِي اسْتَقَىٰ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الرَّاوِيَةِ إِنْ كَانَ العَامِلُ صَاحِبَ البَغْلِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ الرَّاوِيَةِ فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ البَغْلِ) أَمَّا فَسَادُ الشَّرِكَةِ فَلِانْعِقَادِهَا عَلَىٰ إِحْرَازِ المُبَاحِ وَهُوَ المَاءُ، وَأَمَّا وُجُوبُ الأَجْرِ فَلِأَنَّ المُبَاحَ إِذَا صَارَ مِلْكًا لِلْمُحْرِزِ وَهُوَ المُسْتَقِي، وَقَدِ اسْتَوْفَىٰ مَنَافِعَ مِلْكِ الغَيْرِ وَهُوَ المَاءُ، وَأَمَّا وُجُوبُ الأَجْرِ، فَلِأَنَّ المُبَاحَ إِذَا صَارَ مُلْكًا لِلْمحرز وَهُوَ

قوله: فَلِلْمُعِينِ أَجْرُ المِثْلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ ثَمَنِ ذٰلِكَ، لأنَّه رضي بنصف المسمى فيعتبر رضاه في إسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك، ألا ترىٰ أنه لو استأجر حمالاً ليحمل له حنطةً إلىٰ موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سُمِّي، ولمحمَّد رحمه الله تعالى أنَّ المسمى مجهول الجنس والقدر فإنه لا يدرى أيُّ نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئًا أم لا؟ والرضا بالمجهول لا يصحُّ، وإذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاةً بعقدٍ فاسدٍ فله أجر مثله بالغًا مَا بلغ، ألا ترىٰ أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا شيئًا استحقَّ أجر مثله بالغًا مَا بلغ، فإذا أصابا شيئًا أوْلىٰ، بخلاف حمل الحنطة فإنَّ القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه في المعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى، وتقديم قول محمد رحمة الله تعالى عليه على قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه يدلُّ علىٰ أنَّ المختار قول محمد رحمة الله تعالى عليه، الرواية المزادة من ثلاثة جلود وأصلها بعير السقاء لأنه يروي الماء أي يحمله.

الْمُسْتَقِي، وَقَدِ اسْتَوْفَى مَنافِعَ مُلْكِ الغَيْرِ وَهُوَ البَغْلُ أَوِ الرَّاوِيَةُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَيَلْزَمُهُ أَجْرُهُ.

(وَكُلُّ شَرِكَةٍ فَاسِدَةٍ فَالرِّبْحُ فِيهِمَا عَلَىٰ قَدْرِ المَالِ، وَيَبْطُلُ شَرْطُ التَّفَاضُلِ) لِأَنَّ الرِّبْحَ فِيهِ تَابِعٌ لِلْمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، كَمَا أَنَّ الرِّيعَ تَابِعٌ لِلْبَذْرِ فِي الزِّرَاعَةِ، وَالزِّيَادَةُ إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بِالتَّسْمِيَةِ، وَقَدْ فَسَدَتْ فَبَقِيَ الِاسْتِحْقَاقُ عَلَىٰ قَدْرِ رَأْسِ المَالِ.

(وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَوِ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ) لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الوَكَالَةَ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا لِتَتَحَقَّقَ الشَّرِكَةُ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَالْوَكَالَةُ تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ، وَكَذَا بِالِالْتِحَاقِ مُرْتَدًّا إِذَا قَضَى القَاضِي بِلَحَاقِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَوْتِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ الشَّرِيكُ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ، وَإِذَا بَطَلَتِ الوَكَالَةُ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَسَخَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الشَّرِكَةَ وَمَالُ الشَّرِكَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ حَيْثُ يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ عِلْمِ الآخَرِ لِأَنَّهُ عَزْلٌ قَصْدِيٌّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَيَبْطُلُ شَرْطُ التَّفَاضُلِ، لأنَّ العقد صار مستحقَّ النقض، وفي إبقاء شرطٍ شرط في العقد تقرير له وهو واجب الدَّفع لا واجب التقرير.

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَوْتِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، ذكره في باب أحكام المرتدين.

قوله: لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ، فلا يشترط علمه لثبوته ضمنًا للغير، كما إذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل ينعزل الوكيل علم أو لم يعلم، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فصل
أَدَاء الزَّكاة مِنْ مالِ الشَّريكَين

وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ التِّجَارَةِ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاتَهُ، فَإِنْ أَدَّىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَالثَّانِي ضَامِنٌ عَلِمَ بِأَدَاءِ الأَوَّلِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةِ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ وَهٰذَا إِذَا أَدَّيَا عَلَى التَّعَاقُبِ، أَمَّا إِذَا أَدَّيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الاِخْتِلَافِ المَأْمُورُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى

فصل
أداء الزكاة من مال الشريكين

قوله: وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ، وفي الزيادات: لا يضمن علم بأداه شريكه أو لا، وهو الصحيح عندهما، وكذا الخلاف في الوكيل بأداء الزكاة، وكذا الخلاف فيما لو دفع ماله إلىٰ رجل ليكفر عنه فكفر الآمر ثمَّ كفر المأمور وهو لا يعلم ضمن عنده خلافًا لهما، وكذا الخلاف في الوكيل بعتق العبد عن الظهار إذا أعْتَقه بعد ما كفر الموكل بنفسه أو بعد ما عمي العبد، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا ينفذ عتقه، وعندهما ينفذ سواء علم بتكفير الموكل أو لم يعلم علىٰ ما ذكرناه في الزيادات.

قوله: أَمَّا إِذَا أَدَّيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ، أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى علم أو لم يعلم، فإن قيل: إذا أديا معًا ينبغي أن لا يجب الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لعدم سبق أداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفلاً، قلنا: أداء الموكل بنفسه إن لم يسبقه تحقيقًا سبقه اعتبارًا وتقديرًا لأنَّ تصرف الموكل علىٰ نفسه أقرب من

الفَقِيرِ بَعْدَمَا أَدَّى الآمِرُ بِنَفْسِهِ، لَهُمَا أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالتَّمْلِيكِ مِنَ الفَقِيرِ، وَقَدْ أَتَىٰ بِهِ فَلَا يَضْمَنُ لِلْمُوَكِّلِ، وَهٰذَا لِأَنَّ فِي وُسْعِهِ التَّمْلِيكَ لَا وُقُوعَهُ زَكَاةً لِتَعَلُّقِهِ بِنِيَّةِ المُوَكِّلِ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُ مِنْهُ مَا فِي وُسْعِهِ وَصَارَ كَالْمَأْمُورِ بِذَبْحِ دَمِ الإِحْصَارِ إِذَا ذَبَحَ بَعْدَمَا زَالَ الإِحْصَارُ وَحَجَّ الآمِرُ لَمْ يَضْمَنِ المَأْمُورُ عَلِمَ أَوْ لَا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ وَالْمُؤَدَّىٰ لَمْ يَقَعْ زَكَاةً فَصَارَ مُخَالِفًا، وَهٰذَا لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الأَمْرِ إِخْرَاجُ نَفْسِهِ عَنْ عُهْدَةِ الوَاجِبِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَلْتَزِمُ الضَّرَرَ إِلَّا لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَهٰذَا المَقْصُودُ حَصَلَ بِأَدَائِهِ، وَعَرَّىٰ أَدَاءَ المَأْمُورِ عَنْهُ فَصَارَ مَعْزُولًا عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ، وَأَمَّا دَمُ الإِحْصَارِ

تصرف الوكيل فيصير سابقًا معنًى كالوكيل بالبيع مع الموكل إذا باعه وخرج الكلامان معًا نفذ بيع الموكل دون الوكيل.

قوله: وَهٰذَا المَقْصُودُ حَصَلَ بِأَدَائِهِ، وَعَرَّىٰ أَدَاءَ المَأْمُورِ عَنْهُ فَصَارَ مَعْزُولًا عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ، فإن قيل: يشكل بما إذا أمر المديون الآخر بقضاء الدين من مال المديون فقبل أن يقضي المأمور قضاه المديون بنفسه ثم قضاه المأمور إن علم يصير ضامنًا وإن لم يعلم لا يصير ضامنًا، قلنا: الدين يبقىٰ دينًا بعد القضاء وبالقضاء إنَّما يكون للمديون على الطالب دين، ألا ترىٰ أنَّ الطالب إذا أبرأ المديون من الدَّين بعد قضاء الدَّين يصحُّ وللمديون أن يطالب بما أدَّاه إلى الطالب، فإذا كان الدَّين باقيًا أمكن القول بوقوع ما أدَّى المأمور قضاءً عن الدَّين فيتحقق الامتثال إذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضمونًا على القابض وقد تحقَّق هنا ذلك فلا يضمن إذا لم يعلم، فأمَّا إذا علم

فَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، وَقِيلَ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الدَّمَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَصْبِرَ حَتَّىٰ يَزُولَ الإِحْصَارُ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الأَدَاءُ وَاجِبٌ فَاعْتُبِرَ الإِسْقَاطُ مَقْصُودًا فِيهِ دُونَ دَمِ الإِحْصَارِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَذِنَ أَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً فَيَطَأَهَا فَفَعَلَ فَهِيَ لَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ أَدَّىٰ دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ (وَهٰذَا) لِأَنَّ المِلْكَ وَاقِعٌ لَهُ خَاصَّةً وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ المِلْكِ، وَلَهُ أَنَّ الجَارِيَةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى البَتَاتِ جَرْيًا عَلَىٰ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ إِذْ هُمَا لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَهُ فَأَشْبَهَ حَالَ عَدَمِ الإِذْنِ، غَيْرَ أَنَّ الإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةَ نَصِيبِهِ مِنْهُ؛

يصير ضامنًا لأنه مأمورٌ بقضاء الدين على وجه تسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لأنَّ المطالبة سقطت بقضاء الآمر، وإن لم يسقط الدين فلم يكن مؤتمرًا فيصير ضامنًا، بخلاف الزكاة فإنَّها لا تبقى بعد أداء الأمر فلا يمكن القول بوقوع ما أدَّى الوكيل زكاةً فيصير ضامنًا علم أو لم يعلم.

قوله: إِذْ هُمَا لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَهُ، أي هما لا يملكان تغيير مقتضاها مع بقائها بدليل أنَّهما لو شرط التفاوت في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة فأشبه حال عدم الإذن إذ الإذن إنَّما يعتبر فيما لا يثبت بدونه وشراء أحدهما صحيحٌ بدون إذن شريكه، وكذلك الملك في المشترى يكون لهما والثمن عليهما بدون إذن الشريك فيثبت أنَّ اعتبار إذنه في انفراد المشتري بتملك الجارية، وهذا التملك ثبت في ضمن الإذن بالوطء إذ مع

لِأَنَّ الوَطْءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالْمِلْكِ، وَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِثْبَاتِهِ بِالْبَيْعِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مُخَالِفٌ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ فَأَثْبَتْنَاهُ بِالْهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ الإِذْنِ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ؛ لِأَنَّ ذٰلِكَ مُسْتَثْنًى عَنْهَا لِلضَّرُورَةِ فَيَقَعُ المِلْكُ لَهُ خَاصَّةً بِنَفْسِ العَقْدِ فَكَانَ مُؤَدِّيًا دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا قَضَىٰ دَيْنًا عَلَيْهِمَا لِمَا بَيَّنَّا.

(وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهُمَا شَاءَ) بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَجَبَ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَالْمُفَاوَضَةُ تَضَمَّنَتِ الكَفَالَةَ فَصَارَ كَالطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ.

وقوع الشراء على الشركة لا يحلُّ له وطئها إلَّا بعد تمليك الآذن نصيبه منه بطريق الهبة فاقتضى الإذن بالوطء بلا ذكر عوض شرطه التمليك منه وهو الهبة وهي جائزة في الشائع فيما لا يقسم، فكأنَّ الآذن قال له: اشتر هذه الأمة على الشركة ثمَّ تملك نصيبي بالهبة، فإذا اشترىٰ وقبض تمَّت الهبة، كما لو اشتراها ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه فإنَّها تصير له ويحلُّ له وطئها والثمن عليهما، بخلاف الطعام والكسوة لأنَّ ذا مستثنى من قضية الشركة بحكم الضرورة، إذ الحاجة إلى الطعام والكسوة أصلية لازمة والتخصيص بالهبة باطلٌ لأنه منقسم فيقع الملك في المشترى للمشتري على الخصوص بنفس الشراء فيكون الثمن عليه على الخصوص والحاجة إلى الوطء غير معلومة الوقوع في هذه الشركة فلم يثبت الاستثناء حال الوقوع لعدمها في الحال والوقوع بعد ذلك محتمل فلم يثبت الاستثناء بالشكِّ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

كِتَابُ الوَقْفِ

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: (لَا يَزُولُ مِلْكُ الوَاقِفِ عَنِ الوَقْفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الحَاكِمُ أَوْ يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ فَيَقُولُ: إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي عَلَىٰ كَذَا وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَزُولُ مِلْكُهُ بِمُجَرَّدِ القَوْلِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَزُولُ حَتَّىٰ يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ وَلِيًّا وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: الوَقْفُ لُغَةً هُوَ الحَبْسُ تَقُولُ وَقَفْتُ الدَّابَّةَ وَأَوْقَفْتُهَا بِمَعْنًى، وَهُوَ فِي الشَّرْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ:

كتاب الوقف

هو في الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفًا، ووقف بنفسه وقوفًا يتعدّىٰ ولا يتعدّىٰ، وقيل: للموقوف وقف تسميةً بالمصدر.

قوله: **قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يَزُولُ مِلْكُ الوَاقِفِ عَنِ الوَقْفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الحَاكِمُ**، لأنه قضاء في فصل مجتهدٍ فيه فينفذ، **أَوْ يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ**، والصحيح أنَّ في تعليقه بالموت لا يزول ملكه إلَّا أنه يلزم بالإجماع، ولكن عنده يكون رقبتها ملكًا لورثته أو لهُ، وعندهما لا يكون ملكًا لأحدٍ كما في الإعتاق والمسجد، وكذلك إذا قال: أرضي هذه صدقةٌ موقوفةٌ مؤبَّدةٌ حال حياتِي وبعد مماتِي، أو يقول: أرضي هذه صدقةٌ محرَّمةٌ مؤبَّدةٌ حال حياتِي وبعد مماتِي، أو يقول: حبسٌ مؤبَّدةٌ إلخ ففي هذه الألفاظ يصير لازمًا بالاتفاق.

حَبْسُ العَيْنِ عَلَىٰ مِلْكِ الوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ بِمَنْزِلَةِ العَارِيَّةِ، ثُمَّ قِيلَ المَنْفَعَةُ مَعْدُومَةٌ فَالتَّصَدُّقُ بِالْمَعْدُومِ لَا يَصِحُّ، فَلَا يَجُوزُ الوَقْفُ أَصْلًا عِنْدَهُ، وَهُوَ المَلْفُوظُ فِي الأَصْلِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ بِمَنْزِلَةِ العَارِيَّةِ، وَعِنْدَهُمَا حَبْسُ العَيْنِ عَلَىٰ حُكْمِ مُلْكِ اللهِ تَعَالَىٰ فَيَزُولُ مِلْكُ الوَاقِفِ عَنْهُ إِلَى اللهِ تَعَالَىٰ عَلَىٰ وَجْهٍ تَعُودُ مَنْفَعَتُهُ إِلَى العِبَادِ فَيَلْزَمُ وَلَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا وَالتَّرْجِيحُ بِالدَّلِيلِ، لَهُمَا «قَوْلُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِعُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - حِينَ أَرَادَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِأَرْضٍ

قوله: وَهُوَ المَلْفُوظُ فِي الأَصْلِ، أي في المبسوط، قال في المبسوط: فأمَّا أبو حنيفة رحمه الله تعالى فكان لا يجيز ذلك، ثمَّ قال: فمراده أنه لا يجعله لازمًا، فأمَّا أصل الجواز فثابتٌ عنده.

قوله: وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا، أي لفظ الوقف والتصدق يتناول ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى، وهو قوله: أنَّ الوقف حبس العين علىٰ ملك الواقف والتصدُّق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه الخير بمنزلة العواري، ويتناول أيضًا ما قالاه، وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالىٰ، ولمَّا كان كذلك لم يكن ترجيح أحد المذهبين بلفظ الوقف إذ يتناولهما على السواء فلا بُدَّ من ترجيح أحد المذهبين على الآخر بدليل آخر ثم ابتدأ ببيان دليلهما.

قوله: لَهُمَا قَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، كانت له أرض تدعى: ثَمْغ، بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم وبالغين المعجمة، فقال عُمر رضي الله عنه:

لَهُ تُدْعَىٰ ثَمْغًا: تَصَدَّقْ بِأَصْلِهَا لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ وَلَا يُوهَبُ» وَلِأَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَىٰ أَنْ يَلْزَمَ الوَقْفُ مِنْهُ لِيَصِلَ ثَوَابُهُ إِلَيْهِ عَلَى الدَّوَامِ، وَقَدْ أَمْكَنَ دَفْعُ حَاجَتِهِ بِإِسْقَاطِ المِلْكِ وَجَعْلِهِ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ، إِذْ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ المَسْجِدُ فَيُجْعَلُ كَذٰلِكَ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ قَوْلُهُ

يا رسول الله! إنِّي استفدتُ مالاً وهو عندي نفيسٌ أفأتصدَّق به؟ فقال عليه الصلاة والسلام: تصدَّق بأصلها لا يُباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمرته، فتصدَّق به عُمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالىٰ وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربىٰ منه، ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقًا له غير متموَّل عنه، وهذه الأرض سهم عُمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلَّم خيبر بين أصحابه، وثَمْغ لقبٌ لها وقد كانت لأملاكهم ألقابٌ حتى كانت لرسول الله عليه الصلاة والسلام ناقةٌ يقال لها عضبا، وبغلة يقال لها دَلْدَل، وفرس يقال لها السَّكب، وحِمار يقال له يَعفُور، وعمامة تسمَّى السحابة، وفي هذا دليلٌ علىٰ أنَّ من قصد التقرُّب إلى الله تعالى ينبغي أن يختار لذلك أنْفَس أمواله وأطيبها، وكذا وقف رسول الله عليه الصلاة والسلام حوائط وأوقاف إبراهيم عليه الصلاة والسلام ناقة اليوم وكذا أوقاف الصحابة رضي الله عنهم بمكَّة والمدينة، ولأن الإنسان يحتاج إلىٰ صدقةٍ دائمةٍ علىٰ وجه لا يرد عليه النقص وذا في لزومه، وقيل: الفتوىٰ علىٰ قولهما.

قوله: إِذْ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ المَسْجِدُ، فقالا اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو إخراجٌ لملك المنفعة عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف، وله قوله عليه الصلاة والسلام: «لا حبس عن فرائض الله تعالىٰ» أي لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين الورثة وفرائض الله تعالى أنصباء الورثة، كما قال الله تعالى: ﴿فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠]، وقال الشيخ الإمام

- عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَىٰ» وَعَنْ شُرَيْحٍ رَحِمَهُ اللهُ: جَاءَ مُحَمَّدٌ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بِبَيْعِ الحَبِيسِ

المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالىٰ والإمام البزدوي رحمه الله تعالى: الاستدلال بهذا الحديث ليس بقويٍّ لأنه إنَّما يستقيم هذا إذا كان حقُّ الورثة تعلق بماله، فأمَّا إذا كان قبل التعلق فليس كذلك، ألا ترىٰ أنه لو تصدَّق في صحته صدقة منفذة أو وهب فإنه لا يجري فيه الإرث ولم يكن ذلك حبسًا عن ذلك، إلا أن يقال: ملكه لم يزل عن الموقوف بدليل أنه يعتبر شرائطه في صرف الغلة، ولو زال ملكه عن الرقبة لما اعتبر شرطه في التي هي تابعة للرقبة والرقبة قد زالت عن ملكه فعلىٰ هذا يكون حبسًا عن فرائض الله تعالىٰ، وذكر في المبسوط: وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما: «لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَىٰ»، ولكنهم يحملون هذا الأثر على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البَحيرة والسائبة والوصيلة والحامي ويقولون الشرع قد أبطل ذلك كله، لكنَّا نقول: النكرة في موضع النفي تعمُّ فيتناول كل طريق يكون فيه حبسٌ عن الميراث إلَّا ما قام عليه دليلٌ، وَعَنْ شُرَيْحٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: جَاءَ مُحَمَّدٌ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِبَيْعِ الحَبِيسِ، فهذا بيان أنَّ لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وأنَّ شريعتنا ناسخةٌ لذلك، وطريق الاستدلال بقول شريح رحمه الله تعالىٰ أنَّ هذا لا يعلم إلَّا بطريق التوقيف فيحمل على السماع، السَّائِبَةُ هي الناقة التي تسيب لنذر، وكان الرجل يقول: إذا قدمتُ من سفري أو برأتُ من مرضي فناقتي سائبةٌ، وجعلها كالبُحيرة في تحريم الانتفاع، يعني أنَّ الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث إنه لا يخرج به العين من أن تكون مملوكةً منتفعةً بها، ولو سيب دابته لم تخرج من ملكه فكذلك إذا وَقَفَ أرضه أو داره، وقد استبعد محمد رحمه الله تعالىٰ قولَ أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في المبسوط، ولهذا سمَّاه تحكُّمًا على الناس من غير حجَّةٍ فقال: ما أخذ الناس بقول الصحابة إلَّا بتَركهم التحكُّمَ على الناس،

لِأَنَّ المِلْكَ بَاقٍ فِيهِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ زِرَاعَةً وَسُكْنَىٰ وَغَيْرَ ذٰلِكَ وَالْمِلْكُ فِيهِ لِلْوَاقِفِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ لَهُ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِصَرْفِ غَلَّاتِهِ إِلَىٰ مَصَارِفِهَا وَنَصْبِ القُوَّامِ فِيهَا إِلَّا أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِمَنَافِعِهِ فَصَارَ شَبِيهَ العَارِيَّةِ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى التَّصَدُّقِ بِالْغَلَّةِ دَائِمًا وَلَا تَصَدُّقَ عَنْهُ إِلَّا بِالْبَقَاءِ عَلَىٰ مِلْكِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُزَالَ مِلْكُهُ، لَا إِلَىٰ مَالِكٍ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ مَعَ بَقَائِهِ كَالسَّائِبَةِ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ، وَبِخِلَافِ المَسْجِدِ لِأَنَّهُ جُعِلَ خَالِصًا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ، وَهُنَا لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ العَبْدِ عَنْهُ فَلَمْ يَصِرْ خَالِصًا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: قَالَ فِي الكِتَابِ: لَا يَزُولُ مِلْكُ الوَاقِفِ ....

فإذا كانوا هم الذين يتحكَّمون على الناس بغير أثرٍ ولا قياسٍ لم يقلِّدوا هذه الأشياء ولم يحمد علىٰ ما قال، وقيل: بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكَّن من تفريع مسائل الوقف واستكثر أصحابه بعده من تفريع مسائل الوقف كالخصَّاف وهلال رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّ المِلْكَ بَاقٍ فِيهِ، يعني دلَّ الدليل علىٰ بقاء الملك فيه وهو جواز الانتفاع به زراعةً وسكنىٰ وغير ذلك كما ينتفع بالمملوكات، وما للعباد فيه نفع لا يصلح لله تعالى لأنَّ ما لله تعالىٰ يجب أن يكون بوصف الخلوص، كالمسجد لمَّا صار لله تعالى لا ينتفع بشيء من منافع الملك وإن كان يصلح لها إذا ظهر أنَّ الملك فيه باقٍ وجب أن يبقى على ملكه ضرورةً، ولهذا بقي دوابه وتدبيره بعده في نصب القَيِّم وتوزيع الغلة واعتبار شرائطه، ولو خرج عن ملكه لما صحَّ شرطه في الغلة، كما لو أعتق عبده بشرط أن يصرف غلَّة إلىٰ كذا أو جعل أرضه مسجدًا بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان، ومرويهما محمولٌ على

إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الحَاكِمُ أَوْ يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ، وَهٰذَا فِي حُكْمِ الحَاكِمِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ فِي مُجْتَهَدٍ فِيهِ، أَمَّا فِي تَعْلِيقِهِ بِالْمَوْتِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ إِلَّا أَنَّهُ تَصَدُّقٌ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ مُؤَبَّدًا فَيَلْزَمُ، وَالْمُرَادُ بِالْحَاكِمِ المَوْلَىٰ، فَأَمَّا المُحَكَّمُ فَفِيهِ اخْتِلَافُ المَشَايِخِ، وَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ قَالَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَهُمَا يَلْزَمُهُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ وَالْوَقْفُ فِي الصِّحَّةِ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَإِذَا كَانَ المِلْكُ يَزُولُ عِنْدَهُمَا يَزُولُ بِالْقَوْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ المِلْكِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَى المُتَوَلِّي لِأَنَّهُ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِيهِ فِي ضِمْنِ التَّسْلِيمِ إِلَى العَبْدِ لِأَنَّ

الوقف المضاف إلىٰ ما بعد الموت.

قوله: إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الحَاكِمُ، وصورة حكم الحاكم ما ذكر في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالى، وهي أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ثم يريد أن يرجع عنه فنازعه بعلّة عدم اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي الحاكم بلزومه، فإن حكّم رجلاً فحكم بينهما بلزوم الوقف اختلفوا فيه، والصحيح أنَّ بحكم الحاكم لا يرتفع الخلاف، وللقاضي أن يبطله.

قوله: وَالْمُرَادُ بِالْحَاكِمِ المَوْلَىٰ، أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء، وأمَّا المحكَّم فهو الذي فوَّض إليه الحكم في حادثةٍ معينةٍ باتفاق المتخاصمين.

التَّمْلِيكَ مِنَ اللهِ تَعَالَىٰ وَهُوَ مَالِكُ الأَشْيَاءِ لَا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودًا، وَقَدْ يَكُونُ تَبَعًا لِغَيْرِهِ فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الزَّكَاةِ وَالصَّدَقَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّ الوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَإِذَا اُسْتُحِقَّ مَكَانَ قَوْلِهِ: إِذَا صَحَّ (خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الوَاقِفِ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَوْ دَخَلَ فِي مِلْكِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ لَا

قوله: لَا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودًا، وإنَّما يتحقَّق ضمنًا كما في الزكاة تكون ملكًا لله تعالى بواسطة كون المال ملكًا للفقير، وهنا أيضًا يكون لله تعالىٰ بواسطة قبض المتولي.

قوله: وَإِذَا صَحَّ الوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ ... خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الوَاقِفِ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، ذكر بعد هذا أنَّ قوله: خرج من ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره، فعلىٰ هذا يكون صحَّ بمعنى ثبت لا بمعنى لزم لأنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إذا لزم بحكم الحاكم يخرج من ملك الواقف فلا يبقى للتخصيص بقولهما فائدةٌ، أمَّا إذا جعل (صحَّ) بمعنى (لزم) أي بحكم الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أو بتعليقه بالموت وبمجرَّد القول عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وبالتسليم إلى المتولي عند محمد رحمه الله تعالى، وإلىٰ هذا أشار بقوله: عَلَى اخْتِلَافِهِمْ خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الوَاقِفِ، بالإجماع ويدلُّ عليه قوله في أوَّل الكتاب: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلَّا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته، بقي هنا إشكالٌ وهو أنَّ في تعليقه بموته يلزم ولا يزول ملك الواقف، قلنا: زال عن الوقف بعد اللزوم ملكه الذي كان قبله، إذ الملك هو المطلق الحاجز ولم يبق ذلك ولكنَّه في حكم ملكه لضرورة أن يصل إليه ثواب الغلَّة دائمًا، فعلىٰ هذا يزول الملك بالإجماع ولا يحتاج إلى التخصيص بقولهما، وقوله: على اختلافهم لا يلايم التخصيص.

يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ بَلْ يَنْفُذُ بَيْعُهُ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ لَمَا انْتَقَلَ عَنْهُ بِشَرْطِ المَالِكِ الأَوَّلِ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: قَوْلُهُ: (خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الوَاقِفِ) يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ.

قَالَ: (وَوَقْفُ المُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) لِأَنَّ القِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ وَالْقَبْضُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَذَا تَتِمَّتُهُ، (وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ) لِأَنَّ أَصْلَ القَبْضِ عِنْدَهُ شَرْطٌ فَكَذَا مَا يَتِمُّ بِهِ، وَهٰذَا فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وَأَمَّا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ فَيَجُوزُ مَعَ الشُّيُوعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَيْضًا لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، إِلَّا فِي المَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ

قوله: وَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، أي الصَّدقة الخاصة المسلمة إلى الفقير وهي المملوكة، احترز به عن الصدقة الموقوفة وهي التي نحن فيها، فإنَّ الوقف صدقة أيضًا لكن ليست بخاصَّةٍ لعدم التمليك من الفقراء، ويحتمل أن يحترز بالمنفَّذة عن الصدَّقة الموصى بها فإنَّها تجوز في الشائع.

قوله: إِلَّا فِي المَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ، استثناء من قوله: وَوَقْفُ المُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ.

قوله: فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، بأن كان الموضع صغيرًا لا يصلح لِمَا أراده الواقف، وحاصل ذلك أنَّ جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا

أَيْضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّ بَقَاءَ الشَّرِكَةِ يَمْنَعُ الخُلُوصَ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ، وَلِأَنَّ المُهَايَأَةَ فِيهِمَا فِي غَايَةِ القُبْحِ بِأَنْ يُقْبَرَ فِيهِ المَوْتَىٰ سَنَةً، وَيُزْرَعَ سَنَةً وَيُصَلَّىٰ فِيهِ فِي وَقْتٍ وَيُتَّخَذَ إِصْطَبْلًا فِي وَقْتٍ، بِخِلَافِ الوَقْفِ لِإِمْكَانِ الِاسْتِغْلَالِ وَقِسْمَةِ الغَلَّةِ، وَلَوْ وَقَفَهُ الكُلَّ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ جُزْءٌ مِنْهُ بَطَلَ فِي البَاقِي عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مُقَارَنٌ كَمَا فِي الهِبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ الوَاهِبُ فِي البَعْضِ أَوْ رَجَعَ الوَارِثُ فِي الثُّلُثَيْنِ بَعْدَ مَوْتِ المَرِيضِ وَقَدْ وَهَبَهُ أَوْ أَوْقَفَهُ فِي مَرَضِهِ وَفِي المَالِ ضِيقٌ، لِأَنَّ الشُّيُوعَ فِي ذٰلِكَ طَارِئٌ، وَلَوْ اُسْتُحِقَّ جُزْءٌ مُمَيَّزٌ بِعَيْنِهِ لَمْ يَبْطُلْ فِي البَاقِي لِعَدَمِ الشُّيُوعِ وَلِهٰذَا جَازَ فِي الِابْتِدَاءِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ المَمْلُوكَةُ.

يحتمل القسمة لا يجوز أصلاً، لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعًا لأنه يمنع الخلوص، ولا بعد القسمة لأنه لا يصلح لِمَا أريد به من اتخاذ المسجد والمقبرة لصغره لأنَّ الكلام فيه فلا يكون مسجدًا ولا مقبَرَةً، وأمَّا الوقف في الشائع الذي لا يحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق، أمَّا عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ فالشيوع غير مانعٌ أصلاً، وأمَّا عند محمد رحمه الله تعالى فيجوز فيما لا يحتمل القسمة لصلاحه لِمَا أراده الواقف فإنَّ الانتفاع بالشائع ممكنٌ إمَّا بطريق المهايأة أو بطريق الاستغلال وقسمة الغلَّة، وأمَّا المسجد والمقبَرة في مثل هذا الموضع يؤدي إلى أمرٍ قبيحٍ بأن تقبر الموتىٰ فيه سنةً ويزرع سنةً ويصلى فيه في وقتٍ ويتخذ اصطبلاً في وقتٍ بخلاف الوقف، **وَعَلَىٰ هٰذَا الهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ المَمْلُوكَةُ**، يعني لو استحقَّ جزء شائع من الهبة والصدقة المملوكة تبطل الهبة والصدقة

قَالَ: (وَلَا يَتِمُّ الوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ حَتَّىٰ يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا سَمَّىٰ فِيهِ جِهَةً تَنْقَطِعُ، جَازَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ) لَهُمَا أَنَّ مُوجَبَ الوَقْفِ زَوَالُ المِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعِتْقِ، فَإِذَا كَانَتِ الجِهَةُ يُتَوَهَّمُ انْقِطَاعُهَا لَا يَتَوَفَّرُ عَلَيْهِ مُقْتَضَاهُ، فَلِهٰذَا كَانَ التَّوْقِيتُ مُبْطِلًا لَهُ كَالتَّوْقِيتِ فِي البَيْعِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَقْصُودَ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى اللهِ تَعَالَىٰ وَهُوَ مُوَفَّرٌ عَلَيْهِ، لِأَنَّ التَّقَرُّبَ تَارَةً يَكُونُ فِي الصَّرْفِ إِلَىٰ جِهَةٍ تَنْقَطِعُ، وَمَرَّةً بِالصَّرْفِ إِلَىٰ جِهَةٍ تَتَأَبَّدُ فَيَصِحُّ فِي الوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: إِنَّ التَّأْبِيدَ شَرْطٌ بِالْإِجْمَاعِ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ التَّأْبِيدِ لِأَنَّ لَفْظَةَ الوَقْفِ

لأنه بالاستحقاق تبيَّن أنَّ الهبة لاقت الشائع وفي استحقاق المعين لا يبطل لانعدام الشيوع كما في الوقف.

قوله: وَلَا يَتِمُّ الوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ حَتَّىٰ يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا، يعني إلى الفقراء فإنَّهم لا ينقطعون، وهذا التفريع عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه علىٰ قول من يرىٰ لزومه كما في المزارعة، بدليل أنه قال في التعليل: لهما أنَّ موجب الوقف زوال الملك والملك لا يزولُ عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه.

قوله: لَهُمَا أَنَّ مُوجَبَ الوَقْفِ زَوَالُ المِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ، ليسَ هذا مذهب أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ولكن هذا مذهبهما، فيكون هذا تعليل محمد رحمة الله تعالى

وَالصَّدَقَةِ مُنْبِئَةٌ عَنْهُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ إِزَالَةُ المِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ كَالْعِتْقِ، وَلِهٰذَا قَالَ فِي الكِتَابِ فِي بَيَانِ قَوْلِهِ: (وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ)، وَهٰذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ ذِكْرُ التَّأْبِيدِ شَرْطٌ لِأَنَّ هٰذَا صَدَقَةٌ بِالْمَنْفَعَةِ أَوْ بِالْغَلَّةِ، وَذٰلِكَ قَدْ يَكُونُ مُؤَقَّتًا وَقَدْ يَكُونُ مُؤَبَّدًا فَمُطْلَقُهُ لَا يَنْصَرِفُ إِلَى التَّأْبِيدِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْصِيصِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ وَقْفُ العَقَارِ) لِأَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ - رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ - وَقَفُوهُ (وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ

عليه علىٰ أصلهما فيكون حجَّةً على أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ ذِكْرُ التَّأْبِيدِ شَرْطٌ لِأَنَّ هٰذَا صَدَقَةٌ بِالْمَنْفَعَةِ أَوْ بِالْغَلَّةِ، ليسَ هذا قول محمد رحمه الله تعالىٰ وإنما هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنَّ حكم الوقف عنده حبس العين علىٰ ملكه والتصدُّق بالثمرة المعدومة وعندهما زوال العين إلى الله تعالى فيصير محبوسًا في ملك الله تعالىٰ على أن تصل منفعته إلى العباد فيكون التصدق بالمنفعة ثابتًا في ضمن إزالة العين إلى الله تعالىٰ، ولعلَّ مراد محمد رحمه الله تعالى في قوله: هٰذَا صَدَقَةٌ بِالْمَنْفَعَةِ أَوْ بِالْغَلَّةِ، أنه إخراج الملك إلى الله تعالى على وجهٍ يكون تصدُّقًا بالمنفعة والغلَّة، فالحاصل أنَّ أبا يوسف رحمه الله ضيَّق أولاً كل التضييق كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ثمَّ رجع عنه ووسَّع كل التوسع ومحمد رحمه الله تعالى توسَّط بينهما فلهذا أفتىٰ عامة المشايخ بقول محمد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ، أي من مكان إلىٰ مكان، وَيُحَوَّلُ، أي يغيَّر من هيئةٍ إلىٰ هيئةٍ، أو هما مترادفان.

عَنْهُ -: وَهٰذَا عَلَى الإِرْسَالِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقَرِهَا وَأُكْرَتِهَا وَهُمْ عَبِيدُهُ جَازَ) وَكَذَا سَائِرُ آلَاتِ الحِرَاسَةِ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلْأَرْضِ فِي تَحْصِيلِ مَا هُوَ المَقْصُودُ، وَقَدْ يَثْبُتُ مِنَ الحُكْمِ تَبَعًا مَا لَا يَثْبُتُ مَقْصُودًا كَالشُّرْبِ فِي البَيْعِ وَالْبِنَاءِ فِي الوَقْفِ، وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ مَعَهُ فِيهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إِفْرَادُ بَعْضِ المَنْقُولِ بِالْوَقْفِ عِنْدَهُ فَلَأَنْ يَجُوزَ الوَقْفُ فِيهِ تَبَعًا أَوْلَىٰ.

(وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ حَبْسُ الكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ) وَمَعْنَاهُ وَقْفُهُ فِي سَبِيلِ اللهِ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ مَعَهُ فِيهِ عَلَىٰ مَا قَالُوا، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ الآثَارُ المَشْهُورَةُ فِيهِ، مِنْهَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «وَأَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ حَبَسَ أَدْرُعًا وَأَفْرَاسًا لَهُ فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَىٰ وَطَلْحَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حَبَسَ دُرُوعَهُ فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَىٰ» وَيُرْوَىٰ أَكْرَاعَهُ، وَالْكُرَاعُ: الخَيْلُ، وَيَدْخُلُ فِي حُكْمِهِ الإِبِلُ؛ لِأَنَّ العَرَبَ يُجَاهِدُونَ عَلَيْهَا، وَكَذَا السِّلَاحُ يُحْمَلُ عَلَيْهَا، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَجُوزُ وَقْفُ مَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِنَ المَنْقُولَاتِ كَالْفَأْسِ وَالْمَرِّ وَالْقَدُّومِ وَالْمِنْشَارِ وَالْجِنَازَةِ

قوله: وَهٰذَا عَلَى الإِرْسَالِ، أي الإطلاق سواءٌ كان بطريق التبعية أو القصد.

قوله: وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أنَّ التأبيد شرط فيه والتأبيد لا يتحقَّق في المنقول.

وَثِيَابِهَا وَالْقُدُورِ وَالْمَرَاجِلِ وَالْمَصَاحِفِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ القِيَاسَ إِنَّمَا يُتْرَكُ بِالنَّصِّ، وَالنَّصُّ وَرَدَ فِي الكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ، وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: القِيَاسُ قَدْ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الِاسْتِصْنَاعِ، وَقَدْ وُجِدَ التَّعَامُلُ فِي هٰذِهِ الأَشْيَاءِ، وَعَنْ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَىٰ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ وَقَفَ كُتُبَهُ إِلْحَاقًا لَهَا بِالْمَصَاحِفِ، وَهٰذَا صَحِيحٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يُمْسَكُ لِلدِّينِ تَعْلِيمًا وَتَعَلُّمًا وَقِرَاءَةً، وَأَكْثَرُ فُقَهَاءِ الأَمْصَارِ عَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وَمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَقْفُهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: كُلُّ مَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ يَجُوزُ وَقْفُهُ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ، فَأَشْبَهَ العَقَارَ وَالْكُرَاعَ وَالسِّلَاحَ، وَلَنَا أَنَّ الوَقْفَ فِيهِ لَا يَتَأَبَّدُ، وَلَا بُدَّ مِنْهُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، بِخِلَافِ العَقَارِ، وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعِ وَلَا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلِ فَبَقِيَ عَلَىٰ أَصْلِ

قوله: وَقَفَ كُتُبَهُ إِلْحَاقًا لَهَا بِالْمَصَاحِفِ، وَهٰذَا صَحِيحٌ، وفي فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالى: اختلف المشايخ في وقف الكتب، جوّزه الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى وعليه الفتوىٰ.

قوله: مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ، احتراز عن الدراهم والدنانير فإنَّ الانتفاع الذي خُلقت الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يتمكَّن بهما مع بقاء أصله في ملكه.

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُهُ، احتراز عن أمِّ الولد فإنه لا يجوز وقفها.

قوله: وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعِ، والقياس في المنقول أن لا يصحَّ وقفه لأنَّ

الْقِيَاسِ، وَهٰذَا لِأَنَّ العَقَارَ يَتَأَبَّدُ، وَالْجِهَادُ سَنَامُ الدِّينِ، فَكَانَ مَعْنَى الْقُرْبَةِ فِيهِمَا أَقْوَىٰ فَلَا يَكُونُ غَيْرُهُمَا فِي مَعْنَاهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّ الوَقْفُ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ وَلَا تَمْلِيكُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فَيَطْلُبُ الشَّرِيكُ القِسْمَةَ فَيَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُ) أَمَّا امْتِنَاعُ التَّمْلِيكِ فَلِمَا بَيَّنَّا، وَأَمَّا جَوَازُ القِسْمَةِ فَلِأَنَّهَا تَمْيِيزٌ وَإِفْرَازٌ، غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّ الغَالِبَ فِي غَيْرِ المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مَعْنَى المُبَادَلَةِ، إِلَّا أَنَّ فِي الوَقْفِ جَعَلْنَا الغَالِبَ مَعْنَى الإِفْرَازِ نَظَرًا لِلْوَقْفِ فَلَمْ تَكُنْ بَيْعًا وَتَمْلِيكًا؛ ثُمَّ إِنْ وَقَفَ نَصِيبَهُ مِنْ عَقَارٍ مُشْتَرَكٍ فَهُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ؛ لِأَنَّ الوِلَايَةَ لِلْوَاقِفِ وَبَعْدَ المَوْتِ إِلَىٰ وَصِيِّهِ، وَإِنْ وَقَفَ نِصْفَ عَقَارٍ خَالِصٍ لَهُ فَالَّذِي يُقَاسِمُهُ القَاضِي أَوْ يَبِيعُ نَصِيبَهُ البَاقِي مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ يُقَاسِمُهُ المُشْتَرِي ثُمَّ يَشْتَرِي ذٰلِكَ مِنْهُ لِأَنَّ الوَاحِدَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، وَلَوْ كَانَ فِي القِسْمَةِ فَضْلُ دَرَاهِمَ

الوقف فيه لا يتأبَّد ولا بُدَّ من التأبيد إلا أنَّ السمع عارض القياس في البعض، كما في الكراع والسلاح حيث وردت الآثار المشهورة، وفي البعض عارض القياس التعاملَ كما في الفأس والمرِّ والقدُّوم والقدور والمراجل فبقي الباقي كالثياب والبسط وكالعبيد والإماء قصدًا على القياس إذ لا معارض فيها من حيث السمع والتعامل.

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا، الغالب جهة المبادلة في القسمة إذا كانت في غير المثليات فيكون في معنى البيع فيصحُّ الاستثناء من قوله: لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ.

قوله: وَلَوْ كَانَ فِي القِسْمَةِ فَضْلُ دَرَاهِمَ، اعلم أنَّ إدخال الدراهم في القسمة لا

إنْ أَعْطَى الوَاقِفَ لَا يَجُوزُ لِامْتِنَاعِ بَيْعِ الوَقْفِ، وَإِنْ أَعْطَى الوَاقِفَ جَازَ وَيَكُونُ بِقَدْرِ الدَّرَاهِمِ شِرَاءً.

قَالَ: (وَالْوَاجِبُ أَنْ يُبْتَدَأَ مِن ارْتِفَاعِ الوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ شَرَطَ ذٰلِكَ الوَاقِفُ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ) لِأَنَّ قَصْدَ الوَاقِفِ صَرْفُ الغَلَّةِ مُؤَبَّدًا، وَلَا تَبْقَىٰ دَائِمَةً إِلَّا بِالْعِمَارَةِ فَيَثْبُتُ شَرْطُ العِمَارَةِ اقْتِضَاءً وَلِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ وَصَارَ كَنَفَقَةِ العَبْدِ المُوصَىٰ بِخِدْمَتِهِ، فَإِنَّهَا عَلَى المُوصَىٰ لَهُ بِهَا،

يجوز إلَّا بتَراضيهم أو وقعت الضرورة في إدخالها بأن وقع البناء في أحد النصيبين أو كان أحد النصيبين أجْوَد فحينئذٍ يجوز أن تعطى الدراهم من وقع البناء في نصيبه أو وقع نصيبه أجْوَد فيما رُوِي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ على ما يجيء في كتاب القسمة إن شاء الله تعالىٰ.

قوله: إنْ أَعْطَى الوَاقِفَ لَا يَجُوزُ، أي إن أعطى المشتَري الواقف لا يجوز لأنَّ المشتَري يأخذ بمقابلة الدراهم شيئًا من الوقف فيصير الواقف بائعًا للوقف في ذلك القدر فلا يجوز، وأمَّا إذا أعطى الواقف فضل الدراهم المشترى جاز لأنَّ الواقف حينئذٍ يصير مشتريًا شيئًا بمقابلة الدراهم وواقفًا لذلك الشيء الذي اشتَراه فيجوز.

قوله: وَلِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ، هذا في الأصل لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ومعناه: الغرم بإزاء الغنم، من تولَّىٰ حارها تولَّىٰ قارها، ولهذا جرىٰ لفظ الحديث مجرى المثَل واستعمل في مضرَّةٍ بمقابلة منفعةٍ، ثمَّ المراد من الخراج ما يخرج من النفع من ملك إنسان كغلة الأرض والغلام، والمراد من الضمان المؤنة أي كل من كان له منفعة شيءٍ كان عليه مضرَّته فكان معنى قوله: الخراج بالضمان، منفعة الغلة لك بسبب أن ضمنته، وقيل: معناه أن يشتري العبد فيستغلَّه ثم يجد به عيبًا فإنه يرده والغلَّة له لأنَّ لو مات كان في

ثُمَّ إِنْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى الفُقَرَاءِ لَا يَظْفَرُ بِهِمْ، وَأَقْرَبُ أَمْوَالِهِمْ هٰذِهِ الغَلَّةُ فَتَجِبُ فِيهَا، وَلَوْ كَانَ الوَقْفُ عَلَىٰ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ وَآخِرُهُ لِلْفُقَرَاءِ فَهُوَ فِي مَالِهِ أَيِّ مَالٍ شَاءَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الغَلَّةِ؛ لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ يُمْكِنُ مُطَالَبَتُهُ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ العِمَارَةَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَبْقَى المَوْقُوفُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَقَفَهُ، وَإِنْ خَرِبَ يَبْنِي عَلَىٰ ذٰلِكَ الوَصْفِ؛ لِأَنَّهَا بِصِفَتِهَا صَارَتْ غَلَّتُهَا مَصْرُوفَةً إِلَى المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، فَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَىٰ ذٰلِكَ فَلَيْسَتْ بِمُسْتَحَقَّةٍ عَلَيْهِ وَالْغَلَّةُ مُسْتَحَقَّةٌ فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهَا إِلَىٰ شَيْءٍ آخَرَ إِلَّا بِرِضَاهُ، وَلَوْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى الفُقَرَاءِ فَكَذٰلِكَ عِنْدَ البَعْضِ، وَعِنْدَ الآخَرِينَ يَجُوزُ ذٰلِكَ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ

ضمانه، ولأجل هذا الخبر نقض عُمر بن العزيز قضاءه بالغلة للبائع.

قوله: وَعِنْدَ الآخَرِينَ يَجُوزُ ذٰلِكَ، اعتبَروا بما إذا كانت الأرض الموقوفة على الفقراء متّصلةً ببيوت المصر يرغب في استئجار بيوتِها وتكون غلة ذلك فوق غلة الأرض كان للقيم أن يبنى بيوتـًا ويؤاجرها لأنَّ الاستغلال بِهذا الوجه يكون أنْفَع للفقراء، ومنهم من قال: ليس للقيِّم صرف الغلة إلىٰ زيادة العمارة، ولهذا ليسَ له أن يشتري بالغلة دارًا أخرىٰ ليضمَّها زيادةً إلى الوقف، وأمَّا تلك المسئلة فبناء البيوت ليس من باب الزيادة وإنَّما ذلك تبديل جهة الاستغلال بجهةٍ هيَ خير من الأوَّل، فالمشغل واحد والجهتان فيه مختلفتان، والثانية خير من الأولىٰ فكان ذلك بمنزلة الزيادة، كذا في وقف هلال رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، وهو أن يكون البناء الثاني مثل الأول لا زائدًا على الأول.

الصَّرْفَ إِلَى العِمَارَةِ ضَرُورَةُ إِبْقَاءِ الوَقْفِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي الزِّيَادَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَىٰ سُكْنَىٰ وَلَدِهِ فَالْعِمَارَةُ عَلَىٰ مَنْ لَهُ سُكْنَىٰ) لِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ عَلَىٰ مَا مَرَّ فَصَارَ كَنَفَقَةِ العَبْدِ المُوصَىٰ بِخِدْمَتِهِ (فَإِنِ امْتَنَعَ مِنْ ذٰلِكَ، أَوْ كَانَ فَقِيرًا آجَرَهَا الحَاكِمُ وَعَمَّرَهَا بِأُجْرَتِهَا، وَإِذَا عَمَّرَهَا رَدَّهَا إِلَىٰ مَنْ لَهُ السُّكْنَىٰ) لِأَنَّ فِي ذٰلِكَ رِعَايَةَ الحَقَّيْنِ حَقِّ الوَاقِفِ وَحَقِّ صَاحِبِ السُّكْنَىٰ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعَمِّرْهَا تَفُوتُ السُّكْنَىٰ أَصْلًا، وَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ، وَلَا يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ عَلَى العِمَارَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِتْلَافِ مَالِهِ فَأَشْبَهَ امْتِنَاعَ صَاحِبِ البَذْرِ فِي المُزَارَعَةِ فَلَا يَكُونُ امْتِنَاعُهُ رِضًا مِنْهُ بِبُطْلَانِ حَقِّهِ لِأَنَّهُ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَىٰ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ.

قوله: وَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ، وهو إجارة الحاكم وعمارتُها بأجرتِها ثم ردُّها إلىٰ من له السكنىٰ لأنَّ فيه رعاية الحقَّين والثاني ترك العمارة لأنَّ فيه فوت الحقَّين.

قوله: فَلَا يَكُونُ امْتِنَاعُهُ رِضًا مِنْهُ، هذا جوابُ من يقول: أنه لما امتنع عن العمارة فقد رضي ببطلان حقه فلا تجب رعاية حقه فإذا عمرها القاضي ينبغي أن لا يُردَّ عليه، فأجاب رحمه الله تعالىٰ بأنَّ الرضاء في حيز التردُّد لاحتمال أنه إنَّما امتنع اعتمادًا علىٰ أنَّ القاضي إذا عمَّرها يردَّها عليه، أو لأنَّ الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقِّه، ويحتمل أن يكون لنقصان ماله في الحال.

قوله: لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ، والإجار ة تمليك المنافع بعوض والتمليك لا يتحقَّق من غير المالك، فإن قيل: المستأجر لا يملك الدار ومع ذلك كان له أن يؤجرها من آخر

قَالَ: (وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الوَقْفِ وَآلَتِهِ صَرَفَهُ الحَاكِمُ فِي عِمَارَةِ الوَقْفِ إِنِ احْتَاجَ إِلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَغْنَىٰ عَنْهُ أَمْسَكَهُ حَتَّىٰ يَحْتَاجَ إِلَىٰ عِمَارَتِهِ فَيَصْرِفَهُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ العِمَارَةِ لِيَبْقَىٰ عَلَى التَّأْبِيدِ فَيَحْصُلَ مَقْصُودُ الوَاقِفِ)، فَإِنْ مَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَيْهِ فِي الحَالِ صَرَفَهَا فِيهَا، وَإِلَّا أَمْسَكَهَا حَتَّىٰ لَا يَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ ذَٰلِكَ أَوَانَ الحَاجَةِ فَيَبْطُلُ المَقْصُودُ، وَإِنْ تَعَذَّرَ إِعَادَةُ عَيْنِهِ إِلَىٰ مَوْضِعِهِ بِيعَ وَصُرِفَ ثَمَنُهُ إِلَى المَرَمَّةِ صَرْفًا لِلْبَدَلِ إِلَىٰ مَصْرِفِ المُبْدَلِ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْسِمَهُ) يَعْنِي النَّقْضَ (بَيْنَ مُسْتَحِقِّي الوَقْفِ) لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ العَيْنِ وَلَا حَقَّ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ فِيهِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُمْ فِي المَنَافِعِ، وَالْعَيْنُ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ فَلَا يَصْرِفُ إِلَيْهِمْ غَيْرَ حَقِّهِمْ.

قَالَ: (وَإِذَا جَعَلَ الوَاقِفُ غَلَّةَ الوَقْفِ لِنَفْسِهِ أَوْ جَعَلَ الوِلَايَةَ إِلَيْهِ جَازَ

للسكنىٰ وكذلك في كلِّ عمل لا يختلف باختلاف المستعمل، قلنا: هناك ملك المستأجر المنفعة وهنا أبيحت المنفعة للموقوف عليه ليكون ثواب إباحة المنفعة راجعًا إلى الواقف حتى لم تقم ههنا عين الوقف مقام المنفعة في ابتداء الوقف لأنه لا يلزم تمليك المنافع المعدومة، بخلاف الإجارة حيث أقيمت الدار مقام المنفعة وقت الإجارة لئلا يلزم تمليك المنافع المعدومة، فلمَّا ملكها في الإجارة ملَك أيضًا تمليكها من غيره.

قوله: وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الوَقْفِ وَآلَتِهِ، أي آلة البناء كالخشب وغير ذلك.

قوله: يَعْنِي النَّقْضَ، النُّقض: بضم النون البناء المنقوض، والجمع نقوض، وعن الغوري: النِّقض بالكسر لا غير، كذا في المغرب، وفي الصحاح ذكره بالكسر لا غير.

قوله: وَإِذَا جَعَلَ الوَاقِفُ غَلَّةَ الوَقْفِ لِنَفْسِهِ أَوْ جَعَلَ الوِلَايَةَ إِلَيْهِ جَازَ، أَمَّا الأول

عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: ذَكَرَ فَصْلَيْنِ شَرْطَ الغَلَّةِ لِنَفْسِهِ وَجَعْلَ الوِلَايَةِ إِلَيْهِ، أَمَّا الأَوَّلُ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَلَا يَجُوزُ عَلَىٰ قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَوْلُ هِلَالِ الرَّازِيِّ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ، وَقِيلَ إِنَّ الِاخْتِلَافَ بَيْنَهُمَا بِنَاءً عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي اشْتِرَاطِ القَبْضِ وَالْإِفْرَازِ، وَقِيلَ هِيَ مَسْأَلَةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَالْخِلَافُ فِيمَا إِذَا شَرَطَ البَعْضَ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ لِلْفُقَرَاءِ، وَفِيمَا إِذَا شَرَطَ الكُلَّ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ لِلْفُقَرَاءِ سَوَاءٌ؛ وَلَوْ وَقَفَ وَشَرَطَ البَعْضَ أَوِ الكُلَّ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ مَا دَامُوا

وهو جعل الغلة لنفسه جائز عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ وعليه مشائخ بلخ، وذكر صدر الشهيد أنَّ الفتوىٰ على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ترغيبًا للناس في الوقف.

قوله: وَلَا يَجُوزُ عَلَىٰ قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، لأنَّ التسليم إلى المتولي عنده شرط وقد عدم ههنا، وقال الفقيه أبو جعفر رحمة الله تعالىٰ عليه: وليس في هذا عن محمد رحمه الله تعالى رواية ظاهرة إلَّا شيءٌ ذكره في كتاب الوقف: إذا وقف علىٰ أمَّهات أولاده جاز، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: الوقف على أمَّهات أولاده بمنزلة الوقف علىٰ نفسه لأنَّ ما يكون لأمِّ الولد في حال حياة المولىٰ يكون للمولىٰ.

قوله: وَهُوَ قَوْلُ هِلَالِ الرَّازِيِّ، هكذا وقع في بعض نسخ الفقه بالزاي، وذكر في المغرب هلال الرائي بن يحيى البصري صاحب الوقف، والرازي تحريفٌ، وقيل الخلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز فعند محمد رحمه الله تعالى التسليم شرط ليخرج العين عن ملكه إلى الله تعالىٰ وينقطع اختصاصه به وشرط الغلة ينافي ذلك.

أَحْيَاءً، فَإِذَا مَاتُوا فَهُوَ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، فَقَدْ قِيلَ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، وَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى الخِلَافِ أَيْضًا وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ كَاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ، وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الوَقْفَ تَبَرُّعٌ عَلَىٰ وَجْهِ التَّمْلِيكِ بِالطَّرِيقِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ، فَاشْتِرَاطُهُ البَعْضَ أَوِ الكُلَّ لِنَفْسِهِ يُبْطِلُهُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنْ نَفْسِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، وَشَرَطَ بَعْضِ بُقْعَةِ المَسْجِدِ لِنَفْسِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ

قوله: فَقَدْ قِيلَ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، وهذا علىٰ أصل أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه ظاهرٌ فإنَّ عنده لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حياته جاز، فلأُمَّهات أولاده أوْلىٰ، وإنَّما الإشكال على قول محمد رحمه الله تعالى فإنَّه لا يجوِّز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لأمَّهات أولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه، ولكنه جوَّز ذلك استحسانًا للعُرف، ولأنَّه لا بُدَّ من تصحيح هذا الشرط لهنَّ لأنَّهنَّ يعتقن بموته فاشتِراطه لهنَّ كاشتراطه لسائر الأجانب فيجوز ذلك في حياته أيضًا تبعًا لما بعد الوفاة، كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ في أصل الوقف: إذا قال في حياتي وبعد مماتي يتعلَّق به اللزوم.

قوله: أَنَّ الوَقْفَ تَبَرُّعٌ عَلَىٰ وَجْهِ التَّمْلِيكِ - أي التمليك من الله تعالى - بِالطَّرِيقِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ، إشارة إلى قوله: لا بُدَّ من التسليم إلى المتولي، لأنَّ التمليك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقَّق مقصودًا وقد يكون تبعًا لغيره.

قوله: فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، أي سلم قدرًا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه من ملكه فإنَّ الصدقة بِهذا الشرط لا تجوز.

قوله: وَشَرْطَ، بالجرِّ، بأن جعل بعض المسجد لنفسه فهو مانعٌ للجواز في الكل.

مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - كَانَ يَأْكُلُ مِنْ صَدَقَتِهِ» وَالْمُرَادُ مِنْهَا صَدَقَتُهُ المَوْقُوفَةُ، وَلَا يَحِلُّ الأَكْلُ مِنْهَا إِلَّا بِالشَّرْطِ، فَدَلَّ عَلَىٰ صِحَّتِهِ، وَلِأَنَّ الوَقْفَ إِزَالَةُ المِلْكِ إِلَى اللهِ تَعَالَىٰ عَلَىٰ وَجْهِ القُرْبَةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، فَإِذَا شَرَطَ البَعْضَ أَوِ الكُلَّ لِنَفْسِهِ، فَقَدْ جَعَلَ مَا صَارَ مَمْلُوكًا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ لِنَفْسِهِ لَا أَنَّهُ يَجْعَلُ مِلْكَ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ، وَهٰذَا جَائِزٌ، كَمَا إِذَا بَنَىٰ خَانًا أَوْ سِقَايَةً أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً، وَشَرَطَ أَنْ يَنْزِلَهُ أَوْ يَشْرَبَ مِنْهُ أَوْ يُدْفَنَ فِيهِ، وَلِأَنَّ مَقْصُودَهُ القُرْبَةُ وَفِي الصَّرْفِ إِلَىٰ نَفْسِهِ ذٰلِكَ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نَفَقَةُ الرَّجُلِ عَلَىٰ نَفْسِهِ صَدَقَةٌ»، وَلَوْ شَرَطَ الوَاقِفُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ أَرْضًا أُخْرَىٰ إِذَا شَاءَ ذٰلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ الوَقْفُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَلَوْ شَرَطَ الخِيَارَ لِنَفْسِهِ فِي الوَقْفِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الوَقْفُ وَالشَّرْطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ

قوله: فَقَدْ جَعَلَ مَا صَارَ مَمْلُوكًا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ لِنَفْسِهِ، كما في الصيد والحشيش وسائر المباحات، وإذا شرط الواقف أن يستبدل به أرضًا أخرىٰ إذا شاء ذلك صحَّ الوقف والشرط عند أبي يوسف وهلال والخصَّاف رحمهم الله تعالى استحسانًا، لأنَّ فيه تحويله إلىٰ ما يكون خيرًا من الأول أو مثله فكان تقريرًا لا إبطالاً، وعند محمد رحمه الله تعالى وأهل البصرة الشرط باطلٌ والوقف جائزٌ لأنَّ هذا الشرطَ لا يؤثر في المنع من زوال الملك والوقف يتمُّ به فيبقى الاستبدال شرطًا فاسدًا فيبطلُ، كما في المسجد إذا شرط الاستبدال أو شرَط أن يصلي فيه قومٌ دون قومٍ فالشرط باطلٌ واتخاذ المسجد صحيحٌ، كذا هنا.

رَحِمَهُ اللهُ الوَقْفُ بَاطِلٌ، وَهٰذَا بِنَاءً عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا.

وَأَمَّا فَصْلُ الوِلَايَةِ فَقَدْ نَصَّ فِيهِ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ أَيْضًا وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ، وَذَكَرَ هِلَالٌ فِي وَقْفِهِ وَقَالَ أَقْوَامٌ: إِنْ شَرَطَ الوَاقِفُ الوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ وِلَايَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وِلَايَةٌ، قَالَ مَشَايِخُنَا: الأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هٰذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ،

قوله: وَهٰذَا بِنَاءً عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، إشار ة إلىٰ أنه يجوز أن يجعل الواقف الغلة لنفسه مادام حيًّا فكذا يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيَّام ليروىٰ فيه، وعند محمد وهلال رحمهما الله تعالىٰ الوقف باطلٌ لأنَّ تمام الوقف على مذهب محمد رحمة الله تعالى عليه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض، ولهذا لا يتمُّ القبض في الصرف والسلم مع شرط الخيار، ولأنَّ تمام الوقف بتمام الرضا ومع شرط الخيار لا يتمُّ الرضا فيبطل الوقف كالإكراه على الوقف، ثمَّ لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمة الله تعالى عليه لم ينقلب جائزًا بإبطال الخيار بعد ذلك.

قوله: وَأَمَّا فَصْلُ الوِلَايَةِ فَقَدْ نَصَّ فِيهِ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، أي فقد نصَّ في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه في الكتاب بقوله: وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وذكر في المحيط: وإذا وقف الرجل أرضه ولم يشتَرط الولاية لنفسه ولا لغيره فالوقف جائزٌ والولاية للواقف، كذا ذكر هلال والخصَّاف رحمهما الله تعالى.

قوله: وَذَكَرَ هِلَالٌ ... قَالَ أَقْوَامٌ - أي بعض المشايخ رحمهم الله تعالىٰ - إِنْ شَرَطَ الوَاقِفُ الوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَت الوِلَايَةُ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وِلَايَةٌ، قَالَ

لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى القَيِّمِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الوَقْفِ، فَإِذَا سَلَّمَ لَمْ يَبْقَ لَهُ وِلَايَةٌ فِيهِ، وَلَنَا أَنَّ المُتَوَلِّي إِنَّمَا يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ بِشَرْطِهِ فَيَسْتَحِيلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ الوِلَايَةُ وَغَيْرُهُ يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنْهُ، وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَىٰ هٰذَا الوَقْفِ فَيَكُونُ أَوْلَىٰ بِوِلَايَتِهِ، كَمَنِ اتَّخَذَ مَسْجِدًا يَكُونُ أَوْلَىٰ بِعِمَارَتِهِ وَنَصْبِ المُؤَذِّنِ فِيهِ، وَكَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا كَانَ الوَلَاءُ لَهُ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَلَوْ أَنَّ الوَاقِفَ شَرَطَ وِلَايَتَهُ لِنَفْسِهِ وَكَانَ الوَاقِفُ غَيْرَ مَأْمُونٍ عَلَى الوَقْفِ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يَنْزِعَهَا مِنْ يَدِهِ نَظَرًا لِلْفُقَرَاءِ، كَمَا لَهُ أَنْ يُخْرِجَ الوَصِيَّ نَظَرًا لِلصِّغَارِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ أَنْ لَيْسَ لِلسُّلْطَانِ وَلَا لِقَاضٍ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ يَدِهِ وَيُوَلِّيَهَا غَيْرَهُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مُخَالِفٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَبَطَلَ.

مَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَىٰ: الأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هٰذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، لِأَنَّ ... التَّسْلِيمَ إِلَى القَيِّمِ شَرْطُ صِحَّةِ الوَقْفِ، فَإِذَا أَسْلَمَ لَمْ يَبْقَ لَهُ وِلَايَةٌ، إلَّا إذا شرطها عند الإخراج عن ملكه، ألا ترىٰ أنه لو شرطها لغيره يثبت لغيره، فإذا شرطها لنفسه أَوْلىٰ أن يثبت له لأنَّ هذا الشرط بقاءٌ للولاية الثابتة له معنًى، وذكر محمد رحمه الله تعالىٰ في السير: إذا وقف ضيعته وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه، وأمَّا إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليسَ له ولاية بعد التسليم، وذكر في فتاوىٰ قاضي خان رحمة الله تعالىٰ عليه: ولو قال: أرضي هذه موقوفةٌ إن شئتُ أو أحببتُ كان الوقف باطلاً في قولهم لأنَّ هذا تعليقٌ وتعليق الوقف بالشرط باطلٌ في قولهم، ولو قال: أرضي هذه صدقةٌ موقوفةٌ إن شئتُ ثم قال شئتُ كان الوقف باطلاً لَمَا قلنا أنه تعليقٌ، ولو قال: شئتُ وجعلتُها صدقةً موقوفةً صحَّ لأنه ابتداء وقف، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فصل
وَإِذَا بَنى مَسْجِدًا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يَفْرِزَهُ

(وَإِذَا بَنَىٰ مَسْجِدًا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّىٰ يَفرِزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، فَإِذَا صَلَّىٰ فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ عَنْ مِلْكِهِ) أَمَّا الإِفْرَازُ فَلِأَنَّهُ لَا يَخْلُصُ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ إِلَّا بِهِ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ فِيهِ فَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَيُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذٰلِكَ فِي المَسْجِدِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، أَوْ لِأَنَّهُ

فصل
وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه

قوله: فَلِأَنَّهُ لَا يَخْلُصُ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ إِلَّا بِهِ، ولا بُدَّ أن يكون خالصًا لله تعالىٰ لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨] أي مخلصةً لله ولا يخلص لله تعالىٰ إلَّا به.

قوله: وَيُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، أي تسليمٌ يليق بنوع هذه القربة ويشتَرط في كل نوع تسليم ما يليقُ به وهو في المسجد بالصلاة فيشتَرط أدناه، وهذا لأنَّ المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بصلاة الواحد والواحد من المسلمين ينوبُ عن جماعتهم فيما هو حقُّهم ولهذا جعل أمان الواحد مع المسلمين كأمان الكلِّ، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ: تشتَرط الصلاة بالجماعة وكذا عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ويشتَرط مع ذلك أن تكون الصلاة بأذانٍ وإقامة جهرًا لا سِرًّا حتى لو صلَّىٰ جماعة بغير أذانٍ وإقامةٍ سرًّا لا جهرًا لا يصير مسجدًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، فإن جعل للمسجد مؤذِّنًا وإمامًا وهو رجل واحد فأذَّن وأقام وصلَّىٰ وحده صار مسجدًا بالاتفاق لأنَّ أداء صلاته على هذا الوصف كالجماعة، ألا ترىٰ أنَّ أصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا: مؤذِّن

لَمَّا تَعَذَّرَ القَبْضُ فَقَامَ تَحَقُّقُ المَقْصُودِ مَقَامَهُ ثُمَّ يُكْتَفَىٰ بِصَلَاةِ الوَاحِدِ فِيهِ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَكَذَا عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الجِنْسِ مُتَعَذِّرٌ فَيُشْتَرَطُ أَدْنَاهُ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الصَّلَاةُ بِالْجَمَاعَةِ؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ بُنِيَ لِذٰلِكَ فِي الغَالِبِ، (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَزُولُ مِلْكُهُ بِقَوْلِهِ جَعَلْتُهُ مَسْجِدًا) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لِمِلْكِ العَبْدِ فَيَصِيرُ خَالِصًا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ بِسُقُوطِ حَقِّ العَبْدِ وَصَارَ كَالْإِعْتَاقِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ وَجَعَلَ بَابَ المَسْجِدِ إِلَى الطَّرِيقِ، وَعَزَلَهُ عَنْ مِلْكِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَإِنْ مَاتَ يُورَثُ عَنْهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْلُصْ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ لِبَقَاءِ حَقِّ العَبْدِ مُتَعَلِّقًا بِهِ، وَلَوْ كَانَ السِّرْدَابُ لِمَصَالِحِ المَسْجِدِ جَازَ كَمَا فِي مَسْجِدِ بَيْتِ المَقْدِسِ، وَرَوَى الحَسَنُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَعَلَ السُّفْلَ مَسْجِدًا وَعَلَىٰ ظَهْرِهِ مَسْكَنٌ فَهُوَ مَسْجِدٌ؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَذٰلِكَ يَتَحَقَّقُ فِي السُّفْلِ دُونَ العُلُوِّ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ عَلَىٰ عَكْسِ هٰذَا؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ

مسجد إذا أذَّن وأقام وصلَّىٰ وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد، وبقبض المتولي هل يصير مسجدًا من غير أن يصلي فيه؟ فقد اختلف فيه.

قوله: وَرَوَى الحَسَنُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ، أي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

قوله: وَعَلَىٰ ظَهْرِهِ، أي علىٰ سطحه.

مُعَظَّمٌ، وَإِذَا كَانَ فَوْقَهُ مَسْكَنٌ أَوْ مُسْتَغَلٌّ يَتَعَذَّرُ تَعْظِيمُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الوَجْهَيْنِ حِينَ قَدِمَ بَغْدَادَ وَرَأَىٰ ضِيقَ المَنَازِلِ فَكَأَنَّهُ اعْتَبَرَ الضَّرُورَةَ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ حِينَ دَخَلَ الرَّيَّ أَجَازَ ذٰلِكَ كُلَّهُ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ إِنِ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا وَأَذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهِ) يَعْنِي لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَيُورَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ مَا لَا يَكُونُ لِأَحَدٍ فِيهِ حَقُّ المَنْعِ، وَإِذَا كَانَ مِلْكُهُ مُحِيطًا بِجَوَانِبِهِ كَانَ لَهُ حَقُّ المَنْعِ فَلَمْ يَصِرْ مَسْجِدًا، وَلِأَنَّهُ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ فَلَمْ يَخْلُصْ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ وَلَا يُوهَبُ) اعْتَبَرَهُ مَسْجِدًا، وَهٰكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَصِيرُ مَسْجِدًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِهِ مَسْجِدًا وَلَا يَصِيرُ مَسْجِدًا إِلَّا بِالطَّرِيقِ دَخَلَ فِيهِ الطَّرِيقُ وَصَارَ مُسْتَحَقًّا كَمَا يَدْخُلُ فِي الإِجَارَةِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ.

قَالَ: (وَمَنِ اتَّخَذَ أَرْضَهُ مَسْجِدًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ وَلَا يَبِيعَهُ وَلَا يُورَثُ عَنْهُ) لِأَنَّهُ تَجَرَّدَ عَنْ حَقِّ العِبَادِ وَصَارَ خَالِصًا لِلّٰهِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الأَشْيَاءَ كُلَّهَا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ، وَإِذَا أَسْقَطَ العَبْدُ مَا ثَبَتَ لَهُ مِنَ الحَقِّ رَجَعَ إِلَىٰ أَصْلِهِ فَانْقَطَعَ تَصَرُّفُهُ عَنْهُ كَمَا فِي الإِعْتَاقِ، ....

قوله: أَجَازَ ذٰلِكَ كُلَّهُ لِمَا قُلْنَا، أي لضيق المنازل.

وَلَوْ خُرِّبَ مَا حَوْلَ المَسْجِدِ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ يَبْقَىٰ مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ مِنْهُ فَلَا يَعُودُ إِلَىٰ مِلْكِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ

قوله: وَلَوْ خُرِّبَ مَا حَوْلَ المَسْجِدِ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ يَبْقَىٰ مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، هذه المسئلة مبنية علىٰ أنَّ أبا يوسف رحمه الله تعالىٰ لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه والجماعة ليصير مسجدًا، فكذلك في الانتهاء إذا ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن لا يكون مسجدًا، وعند محمد رحمه الله تعالىٰ يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدًا، فكذلك في الانتهاء إذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدًا.

وحُكِي أنَّ محمَّدًا رحمه الله تعالى مرَّ بمزبلةٍ فقال: هذا مسجد أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، يريد به أنه لمَّا لم يقل بعوده إلى ملك البانِي يصير مزبلةً عند تطاول المدَّة، ومرَّ أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ بأُصطبل فقال: هذا مسجد محمد رحمه الله تعالى، يعني لمَّا قال يعود ملكًا فرُبَّما يجعله المالك أُصطبلاً بعد أن كان مسجدًا، وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما أشار إليه، وقيل: هي من وضع الفرقة الجهلة الممقوتة عند الله تعالىٰ استخرجوا من اختلافهم الناشئ عن الاجتهاد الصحيح أباطيل مختلفة عليهم ليضعوا عن شأنِهم بنقل الطعن عن بعضهم في بعضٍ، ويأبى الله إلَّا أن يتمَّ نوره.

فمحمَّدٌ رحمه الله تعالىٰ يقول: أنه جعل هذا الجزء مصروفًا إلىٰ قربة بعينها، فإذا انقطع ذلك عاد إلى ملكه، كالمُحصِر إذا بعث بالهدي ثم زال الإحصار فأدرك الحجَّ كان له أن يصنع بِهديه ما شاء، وكذلك لو كفن ميِّتًا ثم افترسه السبع عاد الكفن إلىٰ ملك صاحبه، وكذا إذا علق قنديلاً وبَسَط حصيرًا في المسجد ثمَّ خرب المسجد، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: بلىٰ زال ملكه بجهةٍ ولكن لم تبطل تلك الجهة لأنه ما جعله مسجدًا ليصلي فيه أهل المحلة لا غير، وإنَّما جعل مسجدًا ليصلي فيه العامة لأنَّ للعامة حقَّ إقامة الصلاة

رَحِمَهُ اللهُ يَعُودُ إِلَىٰ مِلْكِ البَانِي، أَوْ إِلَىٰ وَارِثِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ عَيَّنَهُ لِنَوْعِ قُرْبَةٍ، وَقَدِ انْقَطَعَتْ فَصَارَ كَحَصِيرِ المَسْجِدِ وَحَشِيشِهِ إِذَا اُسْتُغْنِيَ عَنْهُ، إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ فِي الحَصِيرِ وَالْحَشِيشِ إِنَّهُ يُنْقَلُ إِلَىٰ مَسْجِدٍ آخَرَ.

قَالَ: (وَمَنْ بَنَىٰ سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْ ذٰلِكَ حَتَّىٰ يَحْكُمَ بِهِ الحَاكِمُ

في المسجد، واستدلَّ أبو يوسف رحمه الله تعالى بالكعبة فإنَّ زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الأصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقربة خالصًا لله تعالى فكذلك سائر المساجد، وأمَّا هدي الإحصار فهو لم يزل عن ملكه قبل الذبح، وكلامنا فيما إذا زال عن ملكه، وكذلك الكفن ليس بإزالة العين عن ملكه بل هو تبرع بالمنفعة لحاجة الميت فكان بمنزلة العارية حالة الحياة وقد وقع الاستغناء للمستعير فيعود إلى المعير، وأمَّا الحصير فالصحيح من مذهب أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه لا يعود إلى ملك متخذه بخراب المسجد بل يحول إلىٰ مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد لأنَّ الخلق عيال الله تعالىٰ فمن كان نفع لعياله كان أحبَّ إليه، فلذلك اتخذت السقايات قربةً والقربة ما يتقرَّب به إلى الله تعالىٰ، والخان الموضع الذي يكون في المفاوز في طريق البلاد لينزل فيه أبناء السبيل، وقوله: يسكنه بنوا السبيل، تفسيرٌ له كقوله تعالى: ﴿لَشِرْذِمَةٌ قَلِيلُونَ ۝٥٤﴾ [الشعراء: ٥٤] ويقال: رابط الجيش أي أقام في الثغر بإزاء العدوِّ مرابطةً ورباطًا، ومنه: ﴿ٱصْبِرُواْ وَصَابِرُواْ وَرَابِطُواْ﴾ [آل عمران: ٢٠٠] أي أقيموا على جهاده بالحرب، وقوله تعالىٰ: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ﴾ [الأنفال: ٦٠] جمع ربيطٍ بمعنى مربوطٍ، والحاجُّ اسم جمع بمعنى الحجاج كالسَّامر بمعنى السمار، والثَّغر

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْ حَقِّ العَبْدِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ فَيَسْكُنَ فِي الخَانِ وَيَنْزِلَ فِي الرِّبَاطِ وَيَشْرَبَ مِنَ السِّقَايَةِ، وَيُدْفَنَ فِي المَقْبَرَةِ فَيُشْتَرَطُ حُكْمُ الحَاكِمِ أَوِ الإِضَافَةُ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ كَمَا فِي الوَقْفِ عَلَى الفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ المَسْجِدِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقُّ الِانْتِفَاعِ بِهِ فَخَلَصَ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ مِنْ غَيْرِ حُكْمِ الحَاكِمِ.

(وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَزُولُ مِلْكُهُ بِالْقَوْلِ) كَمَا هُوَ أَصْلُهُ، إِذِ التَّسْلِيمُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَالْوَقْفُ لَازِمٌ، (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ إِذَا اسْتَقَى النَّاسُ مِنَ السِّقَايَةِ وَسَكَنُوا الخَانَ وَالرِّبَاطَ وَدُفِنُوا فِي المَقْبَرَةِ زَالَ المِلْكُ)؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ شَرْطٌ وَالشَّرْطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذٰلِكَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَيُكْتَفَىٰ بِالْوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ فِعْلِ الجِنْسِ كُلِّهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا البِئْرُ المَوْقُوفَةُ وَالْحَوْضُ، وَلَوْ سُلِّمَ إِلَى المُتَوَلِّي صَحَّ التَّسْلِيمُ فِي هٰذِهِ الوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَفِعْلُ النَّائِبِ كَفِعْلِ المَنُوبِ عَنْهُ، وَأَمَّا فِي المَسْجِدِ فَقَدْ قِيلَ لَا يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ لَا تَدْبِيرَ لِلْمُتَوَلِّي فِيهِ، وَقِيلَ يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ مَنْ يَكْنُسُهُ وَيُغْلِقُ بَابَهُ، فَإِذَا سُلِّمَ إِلَيْهِ صَحَّ التَّسْلِيمُ، وَالْمَقْبَرَةُ فِي هٰذَا بِمَنْزِلَةِ المَسْجِدِ عَلَىٰ مَا قِيلَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُتَوَلِّيَ لَهُ عُرْفًا، وَقِيلَ هِيَ بِمَنْزِلَةِ السِّقَايَةِ وَالْخَانِ فَيَصِحُّ التَّسْلِيمُ إِلَى المُتَوَلِّي؛ لِأَنَّهُ لَوْ نُصِّبَ المُتَوَلِّي يَصِحُّ، وَإِنْ كَانَ بِخِلَافِ

موضع المخافة من فروج البلدان.

الْعَادَةِ، وَلَوْ جَعَلَ دَارًا لَهُ بِمَكَّةَ سُكْنَىٰ لِحَاجِّ بَيْتِ اللهِ وَالْمُعْتَمِرِينَ، أَوْ جَعَلَ دَارَهُ فِي غَيْرِ مَكَّةَ سُكْنَىٰ لِلْمَسَاكِينِ، أَوْ جَعَلَهَا فِي ثَغْرٍ مِنَ الثُّغُورِ سُكْنَىٰ لِلْغُزَاةِ وَالْمُرَابِطِينَ، أَوْ جَعَلَ غَلَّةَ أَرْضِهِ لِلْغُزَاةِ فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَىٰ وَدَفَعَ ذٰلِكَ إِلَى وَالٍ يَقُومُ عَلَيْهِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا رُجُوعَ فِيهِ لِمَا بَيَّنَّا، إِلَّا أَنَّ فِي الغَلَّةِ تَحِلُّ لِلْفُقَرَاءِ دُونَ الأَغْنِيَاءِ، وَفِيمَا سِوَاهُ مِنْ سُكْنَى الخَانِ وَالِاسْتِقَاءِ مِنَ البِئْرِ وَالسِّقَايَةِ وَغَيْرِ ذٰلِكَ يَسْتَوِي فِيهِ الغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ، وَالْفَارِقُ هُوَ العُرْفُ فِي الفَصْلَيْنِ، فَإِنَّ أَهْلَ العُرْفِ يُرِيدُونَ بِذٰلِكَ فِي الغَلَّةِ الفُقَرَاءَ، وَفِي غَيْرِهَا التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الأَغْنِيَاءِ، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ تَشْمَلُ الغَنِيَّ وَالْفَقِيرَ فِي الشُّرْبِ وَالنُّزُولِ، وَالْغَنِيُّ لَا يَحْتَاجُ إِلَىٰ صَرْفِ هٰذَا الغَلَّةِ لِغِنَاهُ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَدَفَعَ ذٰلِكَ إِلَىٰ وَالٍ يَقُومُ عَلَيْهِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا رُجُوعَ فِيهِ لِمَا بَيَّنَّا، هذا قولهما، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا كله: لصاحبه أن يرجع ويبطل ما صنع من الصدقة والمقبرة والخان والسقاية وغيرها ويبيعها، وإن مات كان ميراثًا عنه إلَّا أن يحكم بِها حاكمٌ، والفتوىٰ في ذلك كله على قولهما للبلوىٰ والتعارف، وعليه إجماع الأمة، ألا ترىٰ أنه بقي آثار الماضين في هذه الوجوه وكفىٰ بالإجماع حجَّةً، والله تعالىٰ أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب(١).

(١) كُتب في آخر نسخة (ج): تمَّت الكتاب شرح الدفتر الأول من الكفاية في شرح الهداية، كاتب الحروف أضعف عباد الله (محبَّت) غفر الله تعالىٰ ذنبه، في يوم الأحد ثامن عشر من شهر ربيع الأوَّل سنة ٢٧ لجلوس عالمگيري، انتهىٰ، وجلس السلطان عالمگير سنة ١٠٦٩ هجرية = ١٠٩٦.

كِتَابُ البُيُوعِ

كتابُ البيوع

البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي، وهو من الأضداد، ويقع في الغالب على إخراج المبيع عن الملك قصدًا، ويتعدي إلى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر، يقال: باعه الشيء وباعه منه، والشراء كذلك من الأضداد، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ﴾ [يوسف: ٢٠] أي باعوه، ويقع في الغالب على إخراج الثمن عن الملك قصدًا، وإنَّما جمع المصدر على تأويل أنواعه، كبيع العين بالعين ويسمَّىٰ مقايضةً، ويكون كل واحد منهما مبيعًا وثمنًا، وبيع العين بالثمن وهو المطلق، وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف، وبيع الدين بالعين وهو السلم، وبيع المساومة وهو البيع بثمن يتفقان عليه، وبيع المرابحة وهو البيع بالثمن الأول وزيادة، وبيع التولية وهو البيع بالثمن الأول بلا زيادة، وبيع الوضيعة وهو البيع بالنقصان عن الثمن الأول، والكل مشروع إذ البيع يطلق على الكل، وقيل: إنَّ أنواع البيع ترتقي إلىٰ عشرين نوعًا أو أكثر، والكل مذكور في النهاية، وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] والسنّة: قال عليه الصلاة والسلام «يا مَعشر التُّجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشُوبوه بالصَّدقة» [1] وكذا بعث رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم والناس يتبايعون فقرَّرهم على ذلك والتقرير أحد وجوه

(١) أخرجه أبوداود برقم (٣٣٢٦) والترمذي برقم (١٢٠٨) والنسائي في (٧/ ١٤-١٥) وأحمد في (٤/ ٦، ٢٨٠) كلهم من طريق أبي وائل عن قيس بن أبي غرزة رضي الله عنه، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيحٌ.

قَالَ: (الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إِذَا كَانَا بِلَفْظَيِ الْمَاضِي) مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا بِعْتُ وَالْآخَرُ اشْتَرَيْتُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِنْشَاءُ تَصَرُّفٍ،

السنة، وعليه إجماع الأمة، والمعقول وهو أنَّ الله تعالى جعل المال سبباً لإقامة مصالح العباد وشرع التجارة طريقاً إلى الاكتساب، إذ كل ما يحتاج اليه كل أحد لا يوجد مباحاً في كل موضع، وفي الأخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد، فشرعت التجارة بطريق التراضي وإليه أشار بقوله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وأمّا سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيها وقد عرف في أصول الفقه، وأمّا ركنه فالإيجاب والقبول على ما يجيء، وأمّا شرطه فأنواعٌ: منها: في العاقد وهو أن يكون عاقلًا مميزًا، ومنها: في الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي، ومنها: في المحل وهو أن يكون مالًا متقوماً وأن يكون مقدور التسليم، ومنها: التَّراضي، ومنها: شرط الحكم وهو الملك أو الولاية، وأمّا حكمه وضعًا وقصدًا فالملك، وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعًا إلا لمانعٍ، وقولنا: إلا لمانعٍ، احتراز عن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع، وذلك ممتنعٌ مع كونه ملكاً له لنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن بيع ما لم يقبض، وأمّا وجوب الاستبراء، وثبوت الشفعة، وعتق القريب، وملك المتعة في الجارية، والخيارات الثابتة في البيع، فأحكام البيع لكن بطريق الضمن.

قوله: البَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، الإنعقاد عبارة عن انضمام كلام أحد العاقدين إلى الآخر، والبيع عبارة عن أثر شرعيٍّ يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرًا على التصرف، وإليه أشار بقوله: البيع ينعقد، حيث لم يقل: البيع هذان اللفظان، والإيجاب عبارة عما يتقدَّم من أحد العاقدين من قولهما: بعتُ، واشتَريتُ، والدليل عليه ما ذكره مطلقًا بعد هذا بقوله: وإذا أوجبَ أحدُ المُتَعاقِدَيْنِ البيعَ، والمراد من الإيجاب ههنا هو الإثبات، لا أن يكون المراد منه إلزام حكم على وجه يأثم صاحبه عند تركه، لأنه لا ولاية

وَالْإِنْشَاءُ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ وَالْمَوْضُوعُ لِلْإِخْبَارِ قَدِ اسْتُعْمِلَ فِيهِ فَيَنْعَقِدُ بِهِ. وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ أَحَدُهُمَا لَفْظُ الْمُسْتَقْبَلِ وَالْآخَرُ لَفْظُ الْمَاضِي، بِخِلَافِ النِّكَاحِ، وَقَدْ مَرَّ الفَرْقُ هُنَاكَ، وَقَوْلُهُ: رَضِيتُ بِكَذَا أَوْ أَعْطَيْتُكَ بِكَذَا أَوْ خُذْهُ بِكَذَا فِي مَعْنَىٰ قَوْلِهِ: بِعْتُ وَاشْتَرَيْتُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، وَالْمَعْنَىٰ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هٰذِهِ الْعُقُودِ، وَلِهٰذَا يَنْعَقِدُ بِالتَّعَاطِي

لأحدهما على الآخر، فبقوله: بعتُ، يثبت كلام نفسه، أو يثبت الجواب على الآخر إمَّا بالرد أو بالقبول، وذلك لأن الإيجاب فعلٌ والفعل صرف الممكن من الإمكان إلى الوجوب أي التحقق والثبوت، فإنَّ قوله: بعتُ، قبل أن يتكلم به البائع كان في حيز الجواز، فلمَّا قال: بعتُ، فقد صرف ذلك الجواز إلى الثبوت فكان هو مثبتاً لكلامه أو مثبتاً للجواب على الآخر، فعلى الوجه الأول كان ينبغي أن يسمَّى القبول إيجاباً أيضًا إلا أنَّ المشتري لمَّا قبل ما أوجبه البائع يسمَّىٰ قبولًا للتمييز بين السابق واللاحق.

قوله: وَالْإِنْشَاءُ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ، وهو إثبات ما لم يكن ثابتاً لأنَّ الواضع لم يضع للإنشاء لفظًا خاصًا فاستعمل اللفظ الذي وضع للإخبارعن الماضي للإنشاء، وإنَّما خص بلفظ الماضي لأنه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحًا عقلاً وحكمةً فكان الوجود حقًّا له بمقتضى الحكمة، فإذا قصد الإنشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الإخبار عن الماضي.

قوله: وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ أَحَدُهُمَا لَفْظُ الْمُسْتَقْبَلِ، بخلاف النكاح فإنه لو قال: زوجني، فقال الوليُّ: زوجتكَ، ينعقد النكاح، والفرق أنَّ النكاح لا يخلو عن تقدم الخِطبة والخُطبة وهما يدلان علىٰ أنَّ المراد الحال، أمَّا البيع فيقع بغتةً فيجعل قوله: أبيعكَ، عدة وبعني استيامًا وطلبًا وذا لا يدل على الوجود لا محالةَ، ولأن قوله: زوجني نفسك، تفويض

فِي النَّفِيسِ وَالْخَسِيسِ هُوَ الصَّحِيحُ لِتَحَقُّقِ المُرَاضَاةِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَوْجَبَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ البَيْعَ فَالْآخَرُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَبِلَ فِي المَجْلِسِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ)، وَهٰذَا خِيَارُ القَبُولِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الخِيَارُ يَلْزَمُهُ حُكْمُ البَيْعِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَإِذَا لَمْ يُفِدِ الحُكْمُ بِدُونِ قَبُولِ الآخَرِ

العقد إليها فيجعل قولها: زوجتُ، عقدًا تامًا لأن بكلام الواحد ينعقد النكاح إذا كان مأمورًا به وذا لا يتأتّى في البيع لأن بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين إذا لم يكن أحدهما موليًا عليه من الآخر، ولا يلزم عليه أنه لو قال: خذه بألفٍ فإنَّ البيع ينعقد به لأنه أمره بالأخذ بالألف وليسَ له ولاية الأمر بالأخذ بالألف إلَّا بالبيع فيثبت البيع اقتضاءًا كأنه قال: بعتكَ بكذا، فخذه.

قوله: فِي النَّفِيسِ وَالْخَسِيسِ هُوَ الصَّحِيحُ، المراد من النفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والإماء، ومن الخسيس ما يقل ثمنه كالبقل والرمانة واللحم والخبز، وقوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احترازعن قول الكرخي فإنه قال: إنَّما ينعقد البيع بالتعاطي في الأشياء الخسيسة نحو البقل، وعامتهم علىٰ أنه ينعقد في جميع الأشياء، الخسيسة والنفيسة في ذلك سواء، لأنه وجد التَّراضي وهو المعتبر في الباب، إلا أنه لما كان باطنًا أقيم الإيجاب والقبول مقامه لدلالتهما على التَّراضي، والتعاطي أدلُّ على الرضا منهما، والشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالىٰ، وقيل: الإعطاء من أحد الجانبين يكفي.

قوله: إِنْ شَاءَ قَبِلَ فِي المَجْلِسِ، خيار القبول يمتدُّ إلىٰ آخر المجلس، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ على الفور، لنا: أن المشتَري يحتاج إلى التأمل والتَّروي أنه هل يوافقه أم لا؟ فجُعِلت ساعات المجلس كساعةٍ واحدةٍ دفعًا للعسر وتحقيقًا لليسر، قال الله تعالى:

فَلِلْمُوجِبِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ قَبْلَ قَبُولِهِ لِخُلُوِّهِ عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ، وَإِنَّمَا يَمْتَدُّ إِلَىٰ آخِرِ المَجْلِسِ؛ لِأَنَّ المَجْلِسَ جَامِعُ المُتَفَرِّقَاتِ فَاعْتُبِرَتْ سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَفْعًا لِلْعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لِلْيُسْرِ، وَالْكِتَابُ كَالْخِطَابِ،

﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

قوله: لِخُلُوِّهِ عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ، فإن قيل: تعلَّق به حق المشتري فوجب أن لا يتمكن من إبطاله كمن عجل الزكاة إلى الساعي قبل تمام الحول فإنه لا يتمكن من استِرداده قبل تمام الحول لتعلُّق حق الفقير به، وكذا لو قضى المكفول عنه المال إلى الكفيل قبل أن يعطي الكفيل إلى صاحب المال شيئًا ليس للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل لتعلق حق الكفيل به على اعتبار قضاء الدين من ماله، قلنا: أمَّا الزكاة فالنصاب قبل تمام الحول علة تشبه السبب فتعلق حق الفقير بالمعجل نظرًا إلىٰ وجود أصل العلة، وأمَّا الكفالة فلأنَّ الكفيل وجب له على المكفول عنه مثل ما وَجَب للطالب عليه ولهذا صحَّ إبراء الكفيل للمكفول عنه قبل أداء الكفيل والإبراء عن الدين قبل الدين لا يصح، إلا أنَّ المطالبة تتأخَّر إلىٰ وقت الأداء فيكون بمنزلة الدين المؤجل فملكه بقبضه، وأمَّا هٰهنا فبمجرَّد إيجاب البيع لم يثبت للمشتري في المبيع ملكٌ ولا حقَّ قبل شرائه، غاية الأمر أنه يثبت للمشتري حق التملك ولكن هذا لا يعارض حقيقة الملك، فلو لم يكن للموجب الرجوع يلزم تعطل حق المالك بحق التملك وهذا لا يجوز، ألا ترىٰ أنَّ للأب حق التملك في مال الابن ثم قبل تملكه يجوز له التصرف كيفما شاء وأراد.

قوله: وَالْكِتَابُ كَالْخِطَابِ، وهو أن يكتب فيقول: أمَّا بعد فقد بعتُ عبدي فلانًا منكَ بألف درهم، فلمَّا بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك: اشتَريتُ، أو قال: قبلتُ، تمَّ البيع بينهما، وكذا الإرسال وهو أن يرسل رسولاً فيقول البائع: بعتُ هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلانُ فقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قال فقال المشتري في مجلسه

وَكَذَا الإِرْسَالُ حَتَّىٰ اُعْتُبِرَ مَجْلِسُ بُلُوغِ الكِتَابِ وَأَدَاءِ الرِّسَالَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ المَبِيعِ وَلَا أَنْ يَقْبَلَ المُشْتَرِي بِبَعْضِ الثَّمَنِ لِعَدَمِ

ذلك: اشتريتُ، أو قال: قبلتُ، تمَّ البيع بينهما لأنَّ الرسول معبِّر وسفير لنقل كلامه إليه، فاذا اتَّصل به الجواب ينعقد، وكذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة، فأمَّا في الخلع والعتق على مال فإنه يتوقَّف شطر العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالإجماع، حتى أن من قال: خالعتُ امرأتِي فلانة الغائبة على ألف درهم، فبلغها الخبر فأجازت أو قبلت صحَّ، وكذا الإعتاق علىٰ مالٍ يتوقَّف على إجازة العبد وإن كان غائباً، بخلاف البيع والشراء فإنه لا يتوقف، فأمَّا في النكاح فلا يتوقَّف الشطر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ وعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ يتوقَّف.

قوله: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ المَبِيعِ، وإذا أوْجَب البائع البيع في شيئين أو ثلاثة وأراد المشتري أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فهذا علىٰ وجهين: إن كانت الصفقة واحدةً فليسَ له ذلك وإن كانت متفرقةً فله ذلك، وهذا لأنَّ الصفقة إذا كانت واحدةً فالمشتري بقبول العقد في أحدهما يريد تفريق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع لأنَّ العادة فيما بين الناس أنَّهم يضمون الرديء إلى الجيد في البياعات وينقصون شيئاً عن ثمن الجيد لتَرويج الرديء بالجيد، فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع فيزول الجيِّد عن ملك البائع بأقلَّ من ثمنه وفيه ضررٌ بالبائع، وقال القدوري رحمه الله تعالىٰ: إلا أن يرضَى البائع في المجلس نحو أن يقول: بعتك هذا العبد بخمسين، فيقول: قبلتُ في نصفه فيرضى به البائع، أو يقول: بعتك هذين القفيزين بعشرةٍ، فيقول المشتري: قبلتُ في أحدهما، فيرضى به البائع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف إيجاب لا قبولًا، فإذا رضي به البائع في المجلس يصح قال: وإنما يصحُّ مثل هذا إذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصةً معلومةً من الثمن على

رِضَا الآخَرِ بِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ، إِلَّا إِذَا بَيَّنَ كُلُّ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ صَفَقَاتٌ مَعْنًىٰ.

نحو ما ذكرنا من المثال في العبد الواحد وفي القفيزين، لأنَّ الثمن ينقسم عليهما باعتبار الأجزاء فتكون حصة كل قفيزٍ معلومةً، فأمَّا إذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة نحو إن أضافَ العقد إلىٰ عبدين أو ثوبين لم يصح العقد إذا قبل المشتري في أحدهما وإن رضيَ به البائع، لأنَّ القبول من المشتري لمَّا جُعل بمنزلة ابتداء إيجاب فإذا لم تكن حصَّة كل واحد منهما معلومةً لو جاز البيع في الذي قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة وأنه لا يجوز، ولو قال: بعتُكَ هذين العبدين هذا بمائةٍ وهذا بمائةٍ فقبل المشتري البيعَ في أحدهما، ذكر في بعض المواضع أنه يجوز، وذكر في الجامع أنه لا يجوز إلا أن يقول بعتكَ هذين العبدين بعتكَ هذا بمائةٍ وبعتك هذا بمائةٍ فقبل المشتري أحدهما جاز، أمَّا إذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدةً فلا يصحُّ قبول أحدهما وإن سمَّىٰ لكل واحد منهما ثمنًا، فعلىٰ هذا قوله في المتن: إلا أن يبيِّن ثمن كل واحد لأنه صفقات معنًى، أي إلا أن يدرج تكرار لفظ العقد لأن به تتعدد الصفقة لا بمجرَّد بيان ثمن كل واحدٍ.

ثم لا بُدَّ من بيان اتحاد الصفقة وتفرُّقها فنقول: إذا اتحد البيع والشراء والثمن بأن ذكر الثمن جملةً والبائع واحدٌ والمشتري واحد فالصفقة متحدة قياسًا واستحسانًا، وكذلك لو تفرَّق الثمن بأن سمَّىٰ لكل بعض من المبيع ثمنًا على حدةٍ واتَّحد الباقي بأن قال البائع: بعتك هذه الأثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة، كانت الصفقة متحدة أيضًا، وكذلك إذا كان البائع واحدًا والمشتري اثنين والثمن ذكر جملة بأن قال البائع لرجلين: بعتُ هذا منكما بكذا، أو قال المشتريان: اشتَرينا هذا منك بكذا، كانت الصفقة متحدةً، وهذا هو الكلام في الاتحاد، وأمَّا الكلام في جانب التفرُّق فنقول: إن تفرقت التسمية بأن سمَّىٰ لكل بعض ثمنًا على حدةً ويكرر البيع أو الشراء والبائع واحد والمشتري واحد بأن قال البائع لرجل: بعتُ منك هذه الأثواب، بعتك هذا بعشرة وبعتك هذا بخمسةٍ، أو قال المشتري: اشتَريتُ منك هذه الأثواب اشتريت هذا بعشرة واشتريت هذا بخمسة كانت الصفقة متفرقة

قَالَ: (وَأَيُّهُمَا قَامَ عَنِ المَجْلِسِ قَبْلَ القَبُولِ بَطَلَ الإِيجَابُ)؛ لِأَنَّ القِيَامَ دَلِيلُ الإِعْرَاضِ وَالرُّجُوعِ، وَلَهُ ذٰلِكَ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَإِذَا حَصَلَ الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ لَزِمَ البَيْعُ وَلَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا مِنْ عَيْبٍ أَوْ عَدَمِ رُؤْيَةٍ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِيَارُ المَجْلِسِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» وَلَنَا أَنَّ فِي الفَسْخِ إِبْطَالُ حَقِّ الآخَرِ فَلَا يَجُوزُ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ

بالاتفاق، وأمَّا إذا تفرَّق الثمن إلا أنه لم يكرِّر لفظ البيع والشراء واختلف العاقد بأن كان من أحد الجانبين اثنين أو كان من كل جانب اثنين ذكر في بعض المواضع أنَّها صفقةٌ واحدةٌ، وذكر في بعض المواضع أنَّها صفقتان، قيل: الأول استحسان والثاني قياس، وقيل: الأول قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى والثاني قول صاحبيه رحمهما الله تعالى، ذكر في المغرب: الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء، ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه.

قوله: لِأَنَّ القِيَامَ دَلِيلُ الإِعْرَاضِ، فإن قيل: إذا قال بعد القيام قبلتُ كان ينبغي أن ينعقد لأنَّ الصريح أقوىٰ من الدلالة؟ قلنا: إنَّ رجحان الصريح على الدلالة إنما يكون عند المعارضة وذلك إنَّما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة فلمَّا ثبت حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الإعراض لم يعمل بعد ذلك صريح القبول وإن كان هو قويًّا في نفسه لأنه انفسخ بمجرَّد القيام ما كان متوقفاً والمفسوخ لا تلحقه الإجازة.

قوله: وَلَنَا أَنَّ فِي الفَسْخِ إِبْطَالُ حَقِّ الآخَرِ، لأنَّ العقد لمَّا تمَّ بالإيجاب والقبول ثبتَ الملك لكل واحد منهما فالفسخ من أيِّهما كان إبطال حق الآخر بلا رضاه، فَلَا يَجُوزُ، كما بعد الافتِراق عن المجلس.

قوله: وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ خِيَارِ القَبُولِ، والتفرق تفرق الأقوال، أي إذا أوْجَب

خِيَارِ القَبُولِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ فَإِنَّـهُمَا مُتَبَايِعَانِ حَالَةَ المُبَاشَرَةِ لَا بَعْدَهَا

أحدهما البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل، وللموجب خيار الرجوع عمَّا قال قبل قبول صاحبه، وهذا الخيار ثابت ما لم يتفرَّقا قولًا، فإن تفرقا قولاً بأن قال أحدهما: بعتُ، والآخر: اشترَيتُ، لم يبق الخيار بعده.

قوله: وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ، أي في الحديث إشارةٌ إلىٰ خيار القبول، فَإِنَّهُمَا مُتَبَايِعَانِ حَالَةَ المُبَاشَرَةِ لَا بَعْدَهَا، ولا قبلها، كالمقابلين والمناظرين، وتحقيقه أنَّ الأحوال ثلاث: حالة لم يوجد فيها الإيجاب والقبول، وحالة وجدا فيها، وحالة وجد فيها أحدهما، فإطلاق اسم المتبايعين عليهما في الحالة الأولى والثانية مجاز باعتبار ما يؤول إليه أو باعتبار ما كان، فبقيت الحالة الثالثة إذ هي جامعة قريبةٌ إلى الحقيقة، إذ الشارع أبقى الإيجاب مادامًا في المجلس ليرتبط بالقبول، فإن قيل: بعد وجود كلامهما أبقاهما الشارع متبايعين لِمَا أنَّ الشارع أعطىٰ للعقود الشرعية حكم الجواهر لِمَا عُرِفَ؟ قلنا: الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما لا حقيقة كلامهما، فإنَّ الكلام كما وجد يضمحلُّ ويتلاشىٰ، فإن قيل: ذكر ابن عمر رضي الله عنهما أن التفرق تفرق الأبدان؟ قلنا: تأويل الراوي لا يكون حجةً علىٰ غيره ولا يكون ردًّا لاحتمال آخر، كيفَ وقد رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم في رواية «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما»[1]، فإن قيل: ففي كل واحد من المحملين أعني ما حمله الشافعي رحمه الله تعالى وما حملناه نوع مجاز، أمَّا فيما حمله الشافعي فما ذكر، وأمَّا فيما قلنا فهو أنَّ التفرق من الأوصاف فقيامها لا يكون إلا بالأعيان، فلو أسند التفرق إلى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز، إلا أن يسند إليه بطريق التجوز فيجب لذلك أن يسند التفريق إلى البدن ليكون قولًا بحقيقة التفرُّق؟ قلنا: نعم

(١) أخرجه أبوداود برقم (٣٣٢٦) والترمذي برقم (١٢٠٨) والنسائي في (٧/ ١٤-١٥) وأحمد في (٤/ ٦، ٢٨٠) كلهم من طريق أبي وائل عن قيس بن أبي غرزة رضي الله عنه، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيحٌ.

أَوْ يَحْتَمِلَهُ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ، وَالتَّفَرُّقُ فِيهِ تَفَرُّقُ الأَقْوَالِ.

قَالَ: (وَالْأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا لَا يُحْتَاجُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِهَا ....

كذلك إلا أنَّ إسناد التفرق إلى غير الأعيان شائعٌ وفاشٍ في مجاري الكلام فصار هو بسبب فشوِّ الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة، قال الله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ ۝٤﴾ [البينة: ٤] وقال الله تعالى: ﴿لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّن رُّسُلِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٨٥] هذان في الاعتقاد، قال: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠] هذا في النكاح، وقال عليه الصلاة والسلام: «تتفرق أمتي بعدي علىٰ ثلاثة وسبعين» هذا أيضًا في الاعتقاد، فكان الحمل على القول حملًا علىٰ ما هو فاشٍ في الاستعمال، وهو بمنزلة الحقيقة من حيث إنه يتسارع إليه الأفهام، وصيانةً لاسم المتبايعين عن الحمل علىٰ ما ذكرنا، وذكر في الأسرار: أنَّ المراد من الخيار المذكور خيار الإقالة بدليل أنه أضافَ إليهما، وإنَّما الإقالة المتبَرأة تتعلق باختيارهما جميعًا لا الردَّ بخيار المجلس، وذكر في الإيضاح: ولا كلامَ للشافعي رحمه الله تعالى من حيث الفقه فإنَّ قضية العقد اللزوم لأنه تمَّ بهما وتعلَّق به حق كل واحد منهما فثبوت الخيار يستدعي سببًا لا محالةَ ولم يوجد، وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن إبراهيم رحمه الله تعالى.

قوله: أَوْ يَحْتَمِلَهُ، أي يحتمل الحديث خيار القبول فيحمل عليه عند قيام الدليل، وقد دلَّ عليه ما ذكرناه.

قوله: وَالْأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا، هذا يتناول الحجرين وغيرهما، ثمنًا كان أو مثمنًا، لأن الإشارةَ كافية في الكلِّ إذ هيَ أبلغ أسباب التعريف إلا في الأموال الربوية فإنَّ الأعواض إذا كانت من الأموال الربوية كالدراهم والدنانير والحنطة والشعير إذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وإن أشير إليها.

فِي جَوَازِ البَيْعِ) لِأَنَّ بِالْإِشَارَةِ كِفَايَةٌ فِي التَّعْرِيفِ وَجَهَالَةُ الوَصْفِ فِيهِ لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ (وَالْأَثْمَانُ المُطْلَقَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةَ القَدْرِ وَالصِّفَةِ)؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَالتَّسَلُّمَ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ، وَهٰذِهِ الجَهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ فَيَمْتَنِعُ التَّسْلِيمُ وَالتَّسَلُّمُ، وَكُلُّ جَهَالَةٍ هٰذِهِ صِفَتُهَا تَمْنَعُ الجَوَازَ، هٰذَا هُوَ الأَصْلُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ البَيْعُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَمُؤَجَّلٍ إِذَا كَانَ الأَجَلُ مَعْلُومًا) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وَعَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

قوله: فِي جَوَازِ البَيْعِ، احتِراز عن السلم لأنَّ معرفة مقدار رأس المال شرطٌ فيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إذا كان ممَّا يتعلق العقد علىٰ مقداره.

قوله: وَالْأَثْمَانُ المُطْلَقَةُ، أي الكاملة في الثمنية وهي الحجران لأنَّهما خُلِقا للثمنية، أو أراد به غير المشار إليها لوجهين: أحدهما: أنه ذكر في مقابلة المشار إليه، والثاني: أنَّ ذكر القدر والصفة شرطٌ في الثمن إذا لم يكن مشارًا إليه وإن لم يكن هو مخلوقًا للثمنية فلا يبقىٰ لذكر الإطلاق فائدةً، والأموال ثلاثة: ثمنٌ محضٌ وهو ما يكون مقوَّمًا لنفسه ولغيره، وسلعة محضة وهو ما لا يكون مقوَّمًا لنفسه ولغيره ودائر بينهما، وهو ما يصلح ثمنًا إذا كان مؤجلًا كالمكيل والموزون، وصورة الأثمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة ما إذا قال: اشتَريتُ هذا الشيءَ بالذَّهب، ولم يبين قدره ولا وصفه، وكذا لو قال: بالدراهم، وبيان القدر أن يقول: عشرة أو خمسة، وبيان الصفة أن يقول: بخاريٌّ أو سمرقنديٌّ.

قوله: وَكُلُّ جَهَالَةٍ هٰذِهِ صِفَتُهَا، وهي كونُها مفضيةً إلى المنازعة، وهذا احتِراز عن جهالة لا تفضي إلى المنازعة، كما إذا كان مجهول القدر مشارًا إليه، وكما لو باع عبدًا من

وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ اشْتَرَىٰ مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ»، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الأَجَلُ مَعْلُومًا؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ مَانِعَةٌ مِنَ التَّسْلِيمِ الوَاجِبِ بِالْعَقْدِ، فَهٰذَا يُطَالِبُهُ بِهِ فِي قَرِيبِ المُدَّةِ، وَهٰذَا يُسَلِّمُهُ فِي بَعِيدِهَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ كَانَ عَلَىٰ غَالِبِ نَقْدِ البَلَدِ) ؛ لِأَنَّهُ المُتَعَارَفُ، وَفِيهِ التَّحَرِّي لِلْجَوَازِ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ (فَإِنْ كَانَتِ النُّقُودُ مُخْتَلِفَةً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَحَدُهُمَا) وَهٰذَا إِذَا كَانَ الكُلُّ فِي الرَّوَاجِ سَوَاءً؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ مُفْضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ إِلَّا أَنْ تَرْتَفِعَ الجَهَالَةُ بِالْبَيَانِ، أَوْ يَكُونَ أَحَدُهَا أَغْلَبَ وَأَرْوَجَ فَحِينَئِذٍ يُصْرَفُ إِلَيْهِ تَحَرِّيًا لِلْجَوَازِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي المَالِيَّةِ، فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً فِيهَا كَالثُّنَائِيِّ وَالثُّلَاثِيِّ وَالنُّصْرُتِيِّ اليَوْمَ بِسَمَرْقَنْدَ وَالِاخْتِلَافُ بَيْنَ العَدَالِي

عبدين علىٰ أنَّ المشتري بالخيار، وكما لو باع قفيزًا من صبرة طعام مشارٍ إليها.

قوله: وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ، أي ذكر القدر دون الصفة بأن قال: اشتَريته بعشرة دراهم، ولم يقل أنَّها بخارية أو سمرقندية، فإنه لو لم يذكرهما كانت هذه المسئلة عين المسئلة الأولىٰ قبل الاستثناء، ولو ذكرهما كان عين تلك المسئلة بعد الاستثناء وهي قوله: وَالْأَثْمَانُ المُطْلَقَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةَ القَدْرِ وَالصِّفَةِ.

قوله: كَالثُّنَائِيِّ وَالثُّلَاثِيِّ، بأن يكون النقد الواحد أحاديًّا وهو أن يكون الواحد منه درهمًا، والآخر ثنائيًا وهو أن يكون الاثنان منه درهمًا، والآخر ثلاثيًا وهو أن يكون الثلاث منه درهمًا، فمالية الاثنين أو الثلاث كمالية الواحد من الأحاديِّ، ولا يسمى الواحد من الثنائيِّ والثلاثيِّ درهمًا في ذلك العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم إلىٰ أحد الأشياء وهو

بِفَرْغَانَةَ جَازَ الْبَيْعُ إِذَا أُطْلِقَ اسْمُ الدِّرْهَمِ، كَذَا قَالُوا، وَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا قَدَّرَ بِهِ مِنْ أَيِّ نَوْعٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ وَلَا اخْتِلَافَ فِي الْمَالِيَّةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ مُكَايَلَةً وَمُجَازَفَةً) وَهٰذَا إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ» بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لِمَا فِيهِ مِنِ احْتِمَالِ الرِّبَا وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ غَيْرُ مَانِعَةٍ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فَشَابَهَ جَهَالَةَ القِيمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بِإِنَاءٍ بِعَيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ وَبِوَزْنِ حَجَرٍ بِعَيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ) ؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ لِمَا أَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فِيهِ التَّسْلِيمَ فَيَنْدُرُ هَلَاكُهُ قَبْلَهُ بِخِلَافِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِيهِ مُتَأَخِّرٌ وَالْهَلَاكُ لَيْسَ بِنَادِرٍ قَبْلَهُ فَتَتَحَقَّقُ المُنَازَعَةُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَجُوزُ

الواحد من الأحاديِّ والاثنان من الثنائيِّ والثلاث من الثلاثيِّ فحينئذٍ يصحُّ العقد على الدرهم المطلق.

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ مُكَايَلَةً وَمُجَازَفَةً، وَهٰذَا إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ، هذا إنَّما يفيد فيما إذا كان شيئًا يدخل تحت الكيل، فأمَّا إذا كان قليلًا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفةً وإن كان في جنس واحد، حتَّىٰ لو باع نصفًا من الحنطة بمنوين من الحنطة يجوز، كذا في الذخيرة.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي البَيْعِ أَيْضًا، لأنَّ البيع في المكيلات

فِي البَيْعِ أَيْضًا، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَظْهَرُ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ البَيْعُ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ قُفْزَانِهَا، وَقَالَا يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ) لَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ الصَّرْفُ إِلَى الكُلِّ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ فَيُصْرَفُ إِلَى الأَقَلِّ وَهُوَ مَعْلُومٌ، إِلَّا أَنْ تَزُولَ الجَهَالَةُ بِتَسْمِيَةِ جَمِيعِ القُفْزَانِ أَوْ بِالْكَيْلِ فِي المَجْلِسِ، وَصَارَ هٰذَا كَمَا لَوْ أَقَرَّ وَقَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ كُلُّ دِرْهَمٍ، فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ بِالْإِجْمَاعِ، ....

والموزونات إمَّا أن تكون مجازفةً أو بذكر القدر، ففي المجازفة المعقود عليه ما يُشار إليه، وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمَّىٰ من القدر ولم يوجد شيءٌ منهما فإنه ليس بمجازفةٍ ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلومًا، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في بيع المعين إن عيَّن مكيالًا ينكبس بالكبس كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه لأنه يتمكَّن المنازعة بينهما في الكيل، وإن كان شيئًا لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز.

قوله: وَقَالَا يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ، أي سمَّىٰ جملة القفزان أو لم يسمِّ.

قوله: لِجَهَالَةِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ، فإن قيل: سلمنا أنَّ فيه جهالتهما ولكن الجهالة إنَّما تفسد البيع إذا كانت مفضية إلى المنازعة وهذه ليست بمفضية إليها لأنَّ كل قفيز مقابل بدرهم وقد تراضيا به فبعد ذلك لا يتفاوت بين أن تكون الصبرة مائة قفيز أو لم تكن؟ قلنا: قد تفضي إلى المنازعة لأنَّ البائع يطالب من المشتري قبض الثمن أوَّلًا والثمن غير معلومٌ، وهذا لا يدفع ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن لأنَّ ذلك إنما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان.

وَلَهُمَا أَنَّ الجَهَالَةَ بِيَدِهِمَا إِزَالَتُهَا وَمِثْلُهَا غَيْرُ مَانِعٍ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مِنْ عَبْدَيْنِ عَلَىٰ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ، ثُمَّ إِذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ الجَهَالَةَ بِيَدِهِمَا إِزَالَتُهَا، وَمِثْلُهَا غَيْرُ مَانِعٍ، فإن قيل: بل مثلها مانع أيضًا كما في البيع بالرقم فإنه فاسدٌ وإن كانت إزالة الجهالة بيدهما؟ قلنا: إنَّما فسد البيع بالرقم لأن فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار هو بسببه بمنزلة القمار لأنه يحتمل أن يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم أو أكثر أو أقلَّ، وعن هذا قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالى: وإن علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزًا، ولكن إن كان البائع دائمًا على الرضى فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداءً بالتَّراضي، وأمَّا في مسئلتنا قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشتري فكان إزالة الجهالة بيدهما فيجوز، وأمَّا جواب أبي حنيفة رحمه الله تعالى من بيع عبد من عبدين أنَّ القياس فيه الفساد أيضًا إلا أنَّا جوزناه استحسانًا بالنصِّ، والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ كلمة «كل» متىٰ أضيفت إلى ما لم يعلم منتهاه تتناول أدناه وهو الواحد، كما لو قال: لفلان عليَّ كل درهم، يلزمه درهم واحد، وكذا إذا اشترى صبرةً من حنطة كل قفيز بدرهم، وكذلك إذا آجر داره كل شهر يلزمه العقد في شهرٍ واحدٍ، وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلومًا بالإشارة إليه، وأمَّا فيما يعلم جملته بالإشارة فالعقد يتناول الكلَّ، كما لو كان معلوم الجنس بالتسمية لأن الإشارة أبلغ في التعريف، وههنا الجملة معلومةٌ بالإشارة فيجوز العقد في الكل عندهما ـ لا جهالة في ثمن كل واحد منهما والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي إلى المنازعة، وفي الفوائد الظهيرية: فإن قيل: ما ذكره أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله تعالى ينتقض بما إذا قال: كل امرأة أتزوَّجها فهي طالقٌ، أو قال: كل عبد أشتَريه فهو حُرٌّ، فإنه ينصرف إلى كل امرأة يتزوجها وإلىٰ كل عبد يشتريه فينبغي أن لا يجوز هذا على ذلك الأصل المذكور

أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا كَيَّلَ فِي المَجْلِسِ أَوْ سَمَّىٰ جُمْلَةَ قُفْزَانِهَا؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ بِذٰلِكَ الآنَ فَلَهُ الخِيَارُ، كَمَا إِذَا رَآهُ وَلَمْ يَكُنْ رَآهُ وَقْتَ البَيْعِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ فَسَدَ البَيْعُ فِي جَمِيعِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَكَذٰلِكَ مَنْ بَاعَ ثَوْبًا مُذَارَعَةً كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ جُمْلَةَ الذِّرَاعَانِ، وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَفَاوِتٍ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِي الكُلِّ لِمَا قُلْنَا، وَعِنْدَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الوَاحِدِ) لِمَا بَيَّنَّا، غَيْرَ أَنَّ بَيْعَ شَاةٍ مِنْ قَطِيعِ غَنَمٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ لَا يَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ، وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ فَلَا تُفْضِي الجَهَالَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ فِيهِ،

اتفاقًا، قلنا: نحن ندعي ذلك فيما تجري فيه المنازعة لا فيما لا يجري فيه النزاع.

قوله: **لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ**، فإن قيل: ينبغي أن يكون للبائع الخيار أيضًا لتفرق الصفقة عليه أيضًا؟ قلنا: التفرق في حقه جاء من قبله لامتناعه عن الكيل للكلِّ فكان راضيـًا به، فإن قيل: ينبغي أن لا يكون للمشتري الخيار علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن شراء الصبرة يقع على قفيز واحد عنده فكأنه اشترىٰ قفيزًا من صبرة، وثمَّة لا يكون له الخيار؟ قلنا: هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمه كل فقيه فكيف العاميُّ؟ فإذا لم يكن المشتري عالمـًا بأنَّ العقد واقع على قفيز واحد وقد علم الآن يثبت الخيار عند العلم، كما لو كيَّل أو سمَّىٰ جملة قفزانِها في المجلس بمنزلة ثبوت الخيار للمشتري فيما لم يره ثمَّ رآه لأن الثمن كان مجهول القدر عنده، وإنَّما انكشف الحال في مقدار الواجب عليه ثمنـًا في الحال فيتخيَّر لأجله ويسمَّىٰ هذا خيار الكشف.

وَتُفْضِي إِلَيْهَا فِي الأَوَّلِ فَوَضَحَ الفَرْقُ.

قَالَ: (وَمَنِ ابْتَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ عَلَىٰ أَنَّهَا مِائَةُ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ كَانَ المُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ المَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ البَيْعَ) لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّمَامِ، فَلَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِالْمَوْجُودِ (وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ فَالزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ) لِأَنَّ البَيْعَ وَقَعَ عَلَىٰ مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ وَالْقَدْرُ لَيْسَ بِوَصْفٍ (وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أَوْ أَرْضًا عَلَىٰ أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجُمْلَةِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) ؛ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصْفٌ فِي الثَّوْبِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ،

قوله: وَالْقَدْرُ لَيْسَ بِوَصْفٍ، اعلم أنَّ المشايخ ذكروا في الفرق بين الأصل والوصف حدودًا، قيل: أنَّ ما يتعيَّب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصفٌ وما لا يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه أصلٌ، وقيل: الوصفُ ما لوجوده تأثير في تقوُّم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره والأصل ما لا يكون بهذه المثابة، وقيل: أنَّ ما لا ينتقص الباقي بفواته فهو أصلٌ وما ينتقص الباقي بفواته فهو وصفٌ، فعُلِم بهذا أنَّ القدر في المكيلات والموزونات أصلٌ والذراع في المذروعات وصفٌ، فإذا انتقص قفيز من مائة قفيز لا يتعيب الباقي ويشتري الباقي بالثمن الذي كان بحصته مع القفيز الواحد، واليد والعين إذا فاتتا تنتقص قيمة النفس، وكذا الذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه فإنَّ العبائي إذا كان خمسة عشر ذراعًا ويشتري بخمسة عشر دينارًا فإذا انتقص خمسة أذرع منه لا يشتري الباقي بعشرة دنانيرَ.

وَالْوَصْفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَأَطْرَافِ الحَيَوَانِ فَلِهٰذَا يَأْخُذُهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ المِقْدَارَ يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ فَلِهٰذَا يَأْخُذُهُ بِحِصَّتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الوَصْفِ المَذْكُورِ لِتَغَيُّرِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَخْتَلُّ الرِّضَا. قَالَ: (وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ مِنَ الذِّرَاعِ الَّذِي سَمَّاهُ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ) ؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا بَاعَهُ مَعِيبًا، فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ (وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَهَا عَلَىٰ أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ، كُلُّ ذِرَاعٍ

قوله: وَالْوَصْفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، دلَّ عليه أنَّ الجارية إذا اعورَّت في يد البائع قبل القبض لا يسقطُ شيء من الثمن، وكذا للمشتري أن يبيعها مرابحة بالثمن الأول من غير بيان، فإن قيل: الأوصاف لو لم يقابلها شيء من الثمن وجب أن لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا امتنع الرد، حتى أنَّ رجلًا لو اشترىٰ عبدًا فأعتقه أو مات عنه ثم اطَّلع على أنه لم تكن أصابع يده تامةً يرجع على بائعه بالنقصان، وكمال الأصابع وصف فيه لدخوله تحت حدِّ الوصف، قلنا: الأوصاف لا يقابلها شيءٌ من الثمن إلَّا إذا صارت مقصودةً بالتناول حقيقةً أو حكمًا، أمَّا حقيقةً فكما إذا باع عبدًا فقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصودًا بالقطع، وأمَّا حكمًا فبأن يكون امتناع الردِّ لحقِّ الشارع أو لحقِّ البائع، أمَّا حق البائع فكما إذا تعيَّب المبيع عند المشتري، وأمَّا حق الشارع فكما إذا زاد المبيع بأن كان ثوبًا فخاطه ثمَّ وجد به عيبًا فالوصف متىٰ صار مقصودًا بأحد هٰذين يأخذ قسطًا من الثمن، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: كَأَطْرَافِ الحَيَوَانِ، كما إذا اشترىٰ جاريةً فاعورَّت في يد البائع قبل التسليم.

قوله: وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا

بِدِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) ؛ لِأَنَّ الوَصْفَ وَإِنْ كَانَ تَابِعًا لٰكِنَّهُ صَارَ أَصْلًا بِإِفْرَادِهِ بِذِكْرِ الثَّمَنِ فَيَنْزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنْزِلَةَ ثَوْبٍ؛ وَهٰذَا لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ آخِذًا لِكُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ (وَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الجَمِيعَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ البَيْعَ) لِأَنَّهُ إنْ حَصَلَ لَهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرْعِ تَلْزَمُهُ زِيَادَةُ الثَّمَنِ فَكَانَ نَفْعًا يَشُوبُهُ ضَرَرٌ فَيَتَخَيَّرُ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ أَصْلًا، وَلَوْ أَخَذَهُ بِالْأَقَلِّ لَمْ يَكُنْ آخِذًا بِالْمَشْرُوطِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَشَرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ أَوْ حَمَّامٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ

نَاقِصَةً، فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، لأنَّ الذراع وصف من وجهٍ لما مرَّ وأصل من وجه لأنه عين ينتفع به بانفراده، فعملنا بالشبهين في الجانبين، فقلنا إذا قابل كل ذراع بدرهم كان أصلًا لأنَّ مقابلة الثمن من خواص كونه أصلًا إذ الثمن لا يقابل الأوصاف فنزل كل ذراع منه منزلة ثوبٍ، فإن قيل: الذراع لو كان أصلًا على تقدير الإفراد بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب أن يمنع دخول الزيادة في العقد، كما إذا باع صبرة علىٰ أنَّها عشرة أقفزة فإذا هيَ أحد عشر لا تدخل الزيادة في العقد؟ قلنا: الفرق بينهما هو أنَّ الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد لأنه يصير بائعاً بعض الثوب وأنه لا يجوز بخلاف الصبرة، كذا في الفوائد الظهيرية، وفي شرح الطحاوي: وكذلك كل وزنيّ إذا كان في تبعيضه مضرَّة كالدرَّة وكالإناء من فضة أو صفر أو ما أشبه ذلك اشتراه على أنه كذا فوجده أقلَّ أو أكثر فهو على التفصيل الذي ذكرناه في الذرعي لأنَّ الوزن فيما

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُوَ جَائِزٌ، وَإِنِ اشْتَرَىٰ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لَهُمَا أَنَّ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ عُشْرُ الدَّارِ فَأَشْبَهَ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ، وَلَهُ أَنَّ الذِّرَاعَ اسْمٌ لِمَا يُذْرَعُ بِهِ، وَاسْتُعِيرَ لِمَا يَحِلُّهُ الذِّرَاعُ وَهُوَ المُعَيَّنُ دُونَ المَشَاعِ، وَذٰلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، بِخِلَافِ السَّهْمِ، وَلَا فَرْقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ مِنْ جُمْلَةِ الذِّرَاعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَهُوَ الصَّحِيحُ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الخَصَّافُ

في تبعيضه مضرَّة من جملة الصفة كالذرع في الذرعيِّ.

قوله: وَهُوَ المُعَيَّنُ، أي الذي وقع عليه الذراع معين إلا أنه مجهول لأنَّ الخشبة تحل مكانـًا معينـًا فيكون مجازًا عن المعين لا عن الجزء الشائع لاستحالة ذرعه، وإنَّما الجهالة في أنَّ تلك العشرة في أيِّ موضع من الدار في صدرها أو أسفلها أو في غير ذلك بخلاف السهم لأن عشرة أسهم شائع في الكل فلم يلزم فيه جهالةٌ تفضي إلى المنازعة فكان صاحب عشرة أسهم شريكـًا لصاحب تسعين سهمًا في جميع الدار علىٰ قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه في أيِّ موضع كان فلا تؤدِّي إلى المنازعة.

قوله: خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الخَصَّافُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، ذكر الخصاف في هذه المسئلة أنَّ فساد المبيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لجهالة جملة الذرعان، فأمَّا إذا عرفت مساحتها يجوز عنده، وجعل هذه المسئلة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرةٍ، إن كان عدد جملة الشاة معلومـًا يجوز عنده، وإن لم يكن معلومـًا لا يجوز، وذكر أبو زيد[1]

---

(١) هو الإمام أحمد بن زيد الشروطي، ذكره أبو الفتح بن إسحاق النديم في جملة الأصحاب وقال: له من الكتب كتاب «الوثائق» وكتاب «الشروط» الكبير والصغير، وقد ذكره أيضًا الإمام السغناقي في «شرح الهداية» في البيوع، انظر: تاج التراجم ١١٣، الجواهر المضية ١/ ١٧٠.

لِبَقَاءِ الجَهَالَةِ، (وَلَوِ اشْتَرَىٰ عِدْلًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ فَإِذَا هُوَ تِسْعَةٌ أَوْ أَحَدَ عَشَرَ فَسَدَ البَيْعُ) لِجَهَالَةِ المَبِيعِ أَوِ الثَّمَنِ ....

الشروطي رحمه الله تعالى أنه علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى البيع فاسد وإن علم جملة الذرعان، وهو جواب الجامع الصغير وهو الصحيح.

قوله: لِبَقَاءِ الجَهَالَةِ، أي الجهالة باقية علم جملة الذرعان أو لم يعلم، فالمشتَري يطالبه من مقدم الدار والبائع يسلم من مؤخرها فتؤدِّي إلى النزاع، وممَّا يوضح الفرق بين السهم والذراع أنَّ ذراعـًا من مائة ذراع وذراعـًا من عشرة أذرع سواءٌ، وسهم من عشرة أسهم لا يوازيه سهم من مائة سهمٍ، وذكر في الجامع الصغير للإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى ولم يذكر ههنا ولا في البيوع أنه لو اشترى عشرة أذرع من هذه الدار ولم يقل من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهما؟ فمن أصحابنا من يقول: ينبغي أن لا يجوز العقد بمنزلة ما لو اشترى سهمـًا منها، والأصح أنه يجوز عندهما لأنَّ هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة فإنه يمكن أن يذرع جميع الدار حتى إذا كانت مائة ذراع علم أنَّ المبيع عشرها، وإن كان خمسين ذراعًا علم أنَّ المبيع خمسها، بخلاف ما لو اشتَرى سهمـًا منها ولم يقل من كذا كذا سهمـًا لأنَّ تلك الجهالة لا يمكن دفعها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر، أمَّا في الذراع فإزالة الجهالة ممكنة.

قوله: وَلَوِ اشْتَرَىٰ عِدْلًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ فَإِذَا هُوَ تِسْعَةٌ أَوْ أَحَدَ عَشَرَ فَسَدَ البَيْعُ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ أَوِ الثَّمَنِ، أمَّا في فصل النقصان فلجهالة الثمن لأنه يحط ثمن ثوب واحد وثمن ثوب واحدٍ مجهولٌ لأنه إذا لم يسم لكل ثوب ثمنـًا فالثمن إنَّما ينقسم على الثياب باعتبار القيمة ولا يدرى قيمة الغائب بيقينٍ، إذ لا يدرى أنه كان جيدًا أو وسطـًا أو رديًا حتى يطرح عن المشتري قيمته، فإذا صارت حصة الغائب مجهولةً صار ثمن الباقي مجهولًا ضرورةً، وهذا لأنا لو صوَّرنا الغائب جيدًا تنقص حصة الباقي، ولو صوَّرناه رديًا

(وَلَوْ بَيَّنَ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا جَازَ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ بِقَدْرِهِ وَلَهُ الخِيَارُ، وَلَمْ يَجُزْ فِي الزِّيَادَةِ) لِجَهَالَةِ العَشَرَةِ المَبِيعَةِ، وَقِيلَ: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَجُوزُ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ أَيْضًا، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَىٰ ثَوْبَيْنِ عَلَىٰ أَنَّهُمَا هِرَوِيَّانِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا مَرْوِيٌّ حَيْثُ

تزيد حصة الباقي فوضح أنَّ ثمن التسعة مجهولٌ وجهالة الثمن توجب فساد البيع، وأمَّا في فصل الزيادة فلجهالة المبيع لأنَّ المبيع عشرة من أحد عشر إذ الزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع وبيع عشرة من أحد عشر فاسد للجهالة المفضية إلى المنازعة، وهذا لأنه يجب رد الزائد على البائع ولا يدرى أيّ ثوب يرد على البائع الجيد أم الرديء فالبائع يطالبه بالجيد والمشتّري يرد الرديء وجهالة المبيع توجب فساد البيع.

قوله: وَلَوْ بَيَّنَ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا، بأن قال: كل ثوب بعشرة، فإن نقص صحَّ بقدره لأن المبيع معلوم كأنه مشار إليه والثمن معلوم أيضـًا لأنه متىٰ سمَّىٰ لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة وهي العشرة فتكون حصة الباقي معلومة، بخلاف ما إذا لم يسمِّ ثمنـًا لأن حصة الغائب لا تعلم أنَّها عشرة أم تسعة أم أحد عشر فجهالته تؤثر في جهالة الباقي، وله الخيار إن شاء أخذ كل ثوب بما سمَّىٰ وإن شاء ترك لأنه ربما يكون الباقي رديًّا والغائب جيدًا والمشتري إنَّما رغب في الردي لمكان الجيد فيتضرَّر بتفرق الصفقة قبل التمام فيتخيَّر دفعـًا للضرر عنه، وإن زاد فسد لأن العقد تناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولًا، وأكثر مشايخنا علىٰ أنَّ الجواز في فصل النقصان قولهما، أمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فالعقد فاسد لأنَّ العقد فسد في البعض لمفسد مقارن وهو عدم المعقود عليه إذ لا سبب للفساد أقوىٰ من عدم المعقود عليه والعقد متىٰ فسد بمفسد مقارن للعقد يفسد عنده في الباقي، كما لو جمع بين حرٍّ وعبد، أو اشتَرىٰ ثوبين علىٰ أنَّهما هرويان وبيّن ثمن كل واحد منهما فوجد أحدهما مَرْويًّا فإنَّ العقد يفسد عنده

لَا يَجُوزُ فِيهِمَا، وَإِنْ بَيَّنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ القَبُولَ فِي المَرْوِيِّ شَرْطًا لِجَوَازِ العَقْدِ فِي الهَرَوِيِّ، وَهُوَ شَرْطٌ فَاسِدٌ وَلَا قَبُولَ يُشْتَرَطُ فِي المَعْدُومِ فَافْتَرَقَا.

(وَلَوِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا وَاحِدًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَإِذَا هُوَ عَشَرَةٌ وَنِصْفٌ أَوْ تِسْعَةٌ وَنِصْفٌ، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ يَأْخُذُهُ بِعَشَرَةٍ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي: يَأْخُذُهُ بِتِسْعَةٍ إِنْ شَاءَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ: يَأْخُذُهُ بِأَحَدَ عَشَرَ إِنْ شَاءَ، وَفِي الثَّانِي يَأْخُذُ بِعَشَرَةٍ إِنْ شَاءَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَأْخُذُ فِي الأَوَّلِ بِعَشَرَةٍ وَنِصْفٍ إِنْ شَاءَ، وَفِي الثَّانِي بِتِسْعَةٍ وَنِصْفٍ وَيُخَيَّرُ) ؛ لِأَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ مُقَابَلَةِ الذِّرَاعِ بِالدِّرْهَمِ مُقَابَلَةُ نِصْفِهِ بِنِصْفِهِ

فيهما والعقد متىٰ فسد في الكل إذا وجد أحدهما خلاف جنس ما سمَّى فلأَن يفسد ههنا ولم يوجد أحد ما سمَّىٰ أصلًا أوْلىٰ، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: الأصح أنَّ هذا قولهم لأنه إنَّما فسد العقد في الكل ثمَّة لوجود العلة المفسدة وهيَ أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطًا لقبوله في الآخر ولم يوجد ههنا لأنه ما جعل قبول العقد في المعدوم شرطًا لقبوله في الموجود ولا قصد إيراد العقد على المعدوم وإنَّما قصد إيراده على الموجود فقط ولكنه غلطٌ في العدد، بخلاف مسئلة الهرويين لأنه جعل ثمَّة قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطًا لقبوله في الآخر وهو شرطٌ فاسدٌ وكذا في مسئلة الحر لأنه شخص موجود يتحقق الإضافة إليه والقبول فيه فيصير ذلك شرطًا فاسدًا ولا كذلك هٰهنا إذ لا قبول يشترط في المعدوم.

فَيَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمُهَا، وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَمَّا أَفْرَدَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِبَدَلٍ نَزَلَ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنْزِلَةَ ثَوْبٍ عَلَىٰ حِدَةٍ وَقَدِ انْتَقَصَ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الذِّرَاعَ وَصْفٌ فِي الأَصْلِ، وَإِنَّمَا أَخَذَ حُكْمَ المِقْدَارِ بِالشَّرْطِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِالذِّرَاعِ، فَعِنْدَ عَدَمِهِ عَادَ الحُكْمُ إِلَى الأَصْلِ،

قوله: فَيَجْرِي عَلَيْهِ، أي فيجري على النصف حكم المقابلة، وفي بعض النسخ: فيُجّزأ عليه، من التجزية وهو ظاهرٌ.

قوله: فَعِنْدَ عَدَمِهِ عَادَ الحُكْمُ إِلَى الأَصْلِ، وهو الوصف فصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيِّدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيِّدة، وفي الذخيرة: وما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أصحُّ لأن الذراع وما دونه في حكم الصفة على ما مرَّ، وإنما يصير أصلًا بمقابلة الثمن به والمقابلة مقيَّدة بالذراع فإذا عدم الذراع لم يثبت جهة الأصالة فبقيت العبْرة لكونها صفةً فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجودة فيسلم له من غير ثمنٍ، وأمَّا الجواب عن قول محمد رحمه الله تعالى بأنَّ الدرهم لما قوبل بالذراع كان نصف الدرهم مقابلًا بنصف الذراع ضرورة بأن يقول: كون الذراع بمنزلة العين ليسَ بأصلٍ بل هو صار أصلًا باعتبار الأفراد بمقابلة الأفراد، واسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقابلة مقتصرةً على موضع الأفراد وهو الدرهم، فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع إلىٰ أصله وهو الصفة، وهذا هو الجواب أيضـًا عن قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وما ذُكر أنَّ الذراع وصفٌ فهو في الثوب الذي يتفاوت جوانبه وفيما يضرُّه التبعيض كالقميص والسراويل والعمائم والأقبية، أمَّا إذا اشتَرىٰ كرباسـًا لا يتفاوت جوانبه علىٰ أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فإذا هو أحد عشر لا تسلم له الزيادة، وعلى هذا إذا باع ذراعـًا من هذا الكرباس ولم يعيِّن موضعه يجوز، كما إذا باع قفيزًا من الصبْرة.

وَقِيلَ فِي الكِرْبَاسِ الَّذِي لَا يَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ لَا يَطِيبُ لِلْمُشْتَرِي مَا زَادَ عَلَى المَشْرُوطِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَوْزُونِ حَيْثُ لَا يَضُرُّهُ الفَصْلُ، وَعَلَىٰ هٰذَا قَالُوا: يَجُوزُ بَيْعُ ذِرَاعٍ مِنْهُ.

فَصْلٌ
في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكره

(وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ بِنَاؤُهَا فِي البَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ، لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ العَرْصَةَ وَالْبِنَاءَ فِي العُرْفِ) ....

فصلٌ
في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكره

قوله: وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ بِنَاؤُهَا فِي البَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ، لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ العَرْصَةَ وَالْبِنَاءَ فِي العُرْفِ، فإن قيل: لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انْهدمت يحنث، فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حنث بعد انْهدام البناء لأن الكل ينتفي بانتفاء الجزء، مع أنَّ الأيمان مبنية على العرف فكان اعتبار العرف هناكَ أَلْيَق من الاعتبار هنا، قلنا: البناء بمنزلة الصفة وهيَ في المعين لغو إذا لم تكن داعيةً إلى اليمين فإن كانت داعيةً إلى اليمين تعتبَر، ألا ترىٰ أنَّ من حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرًا لا يحنث وقد اعتُبِرت الصفة في المعين لأنَّ صفة الرطوبة داعيةٌ إلى اليمين فقد يضرُّ أكل الرطب دون التمر فتعلَّقت اليمين بالعين والصفة، ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل لحمه بعد ما صار كبشًا يحنث وصفة البناء غير داعية إلى المنع من الدخول فيها باليمين فتعلقت اليمين بالاسم وهو باقٍ بعد الانْهِدام فيحنث بعده وصفة البناء داعية إلى الشراء لأنَّ الدار إنما تشترىٰ للسكنىٰ ولا سكنىٰ بلا بناء فيدخل البناء في الشراء عرفًا.

وَلِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا اتِّصَالَ قَرَارٍ فَيَكُونُ تَبَعًا لَهُ (وَمَنْ بَاعَ أَرْضًا دَخَلَ مَا فِيهَا مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا لِلْقَرَارِ فَأَشْبَهَ الْبِنَاءَ (وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الأَرْضِ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا لِلْفَصْلِ فَشَابَهَ الْمَتَاعَ الَّذِي فِيهَا (وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا أَوْ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنِ اشْتَرَىٰ أَرْضًا فِيهَا نَخْلٌ فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ» وَلِأَنَّ الاتِّصَالَ وَإِنْ كَانَ خِلْقَةً فَهُوَ لِلْقَطْعِ لَا لِلْبَقَاءِ فَصَارَ كَالزَّرْعِ (وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ اقْطَعْهَا وَسَلِّمِ الْمَبِيعَ) وَكَذَا إِذَا كَانَ فِيهَا زَرْعٌ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْبَائِعِ فَكَانَ عَلَيْهِ تَفْرِيغُهُ وَتَسْلِيمُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ، وَقَالَ

قوله: وَلِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا اتِّصَالَ قَرَارٍ، والأصل أنَّ العرصة أصل في الدار لأنَّ قرار البناء عليها، وإنَّما دخل البناء وما كان متصلًا بالبناء في بيع الدار بطريق التبعية لاتصال البناء بالعرصة اتصال قرار، وما لا يكون متصلًا بالبناء لا يدخل في بيع الدار بلا ذكر إلَّا إذا كان شيئًا جرى العرف بين الناس أنَّ البائع يسامح به فحينئذٍ يدخل بلا ذكرٍ، ولهذا قلنا أنَّ الغلق يدخل في البيع بلا ذكر لكونه متصلًا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسًا لأنه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار، وفي الاستحسان يدخل للعرف إذ البائع لا يمنعه عن المشتري بل يسلمه مع الدار عرفًا، والقفل ومفتاحه لا يدخلان، والسلّم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشبٍ، وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلّم.

قوله: وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الأَرْضِ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ، لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا لِلْفَصْلِ، بخلاف الحمل حيث يدخل في بيع الأم لأنه جزء الأم فيدخل وإن كان بعرض الفصل.

الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُتْرَكُ حَتَّىٰ يَظْهَرَ صَلَاحُ الثَّمَرِ وَيُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ إِنَّمَا هُوَ التَّسْلِيمُ المُعْتَادُ، وَالْمُعْتَادُ أَنْ لَا يُقْطَعَ كَذٰلِكَ وَصَارَ كَمَا إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ وَفِي الأَرْضِ زَرْعٌ، قُلْنَا: هُنَاكَ التَّسْلِيمُ وَاجِبٌ أَيْضًا حَتَّىٰ يُتْرَكَ بِأَجْرٍ، وَتَسْلِيمُ العِوَضِ كَتَسْلِيمِ المُعَوَّضِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ بِحَالٍ لَهُ قِيمَةٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الصَّحِيحِ وَيَكُونُ فِي الحَالَيْنِ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ يَجُوزُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَىٰ مَا تَبَيَّنَ فَلَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الشَّجَرِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، وَأَمَّا إِذَا بِيعَتِ الأَرْضُ وَقَدْ بَذَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا وَلَمْ يَنْبُتْ بَعْدُ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالْمَتَاعِ، وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ تَصِرْ لَهُ قِيمَةٌ فَقَدْ قِيلَ لَا يَدْخُلُ فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ يَدْخُلُ فِيهِ، وَكَأَنَّ هٰذَا بِنَاءٌ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ قَبْلَ أَنْ تَنَالَهُ المَشَافِرُ وَالْمَنَاجِلُ، وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ بِذِكْرِ الحُقُوقِ وَالْمَرَافِقِ؛

قوله: وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ تَصِرْ لَهُ قِيمَةٌ فَقَدْ قِيلَ لَا يَدْخُلُ فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ يَدْخُلُ فِيهِ، وفي شرح القدوري وشرح القاضي الإمام الاسبيجابي رحمهما الله تعالى: أنَّ الزرع إنَّما لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكر إذا لم ينبت بعد أو نبت وصار له قيمةٌ، أمَّا إذا نبت ولم تصر له قيمة بعد يدخل، وقيل: لا يدخل، والأول أصح، وفي فتاوى الفضلي: إذا باع أرضاً فيها زرع لم ينبت، فإن كان البذر قد عفن في الأرض فهو للمشتري وإلا فهو للبائع، فإن سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع، والمشتري متطوِّع فيما فعل، وكذلك إذا نبت ولم يتقوم بعد، واختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالى أنه لا يدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال، إلا إذا بيع مع الأرض نصًّا أو دلالةً، كذا في الذخيرة.

لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا، وَلَوْ قَالَ: بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا، وَمِنْهَا مِنْ حُقُوقِهَا، أَوْ قَالَ مِنْ مَرَافِقِهَا لَمْ يَدْخُلَا فِيهِ لِمَا قُلْنَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ مِنْ حُقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا دَخَلَا فِيهِ، وَأَمَّا الثَّمَرُ الْمَجْذُوذُ وَالزَّرْعُ الْمَحْصُودُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ لَا يَدْخُلُ إِلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا أَوْ قَدْ بَدَا جَازَ الْبَيْعُ) ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الثَّانِي، وَقَدْ قِيلَ: لَا يَجُوزُ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ (وَعَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُهَا فِي الْحَالِ) تَفْرِيغًا لِمِلْكِ الْبَائِعِ، وَهٰذَا إِذَا اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا، أَوْ بِشَرْطِ الْقَطْعِ (وَإِنْ شَرَطَ تَرْكَهَا عَلَى النَّخِيلِ فَسَدَ الْبَيْعُ) ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَهُوَ شَغْلُ مِلْكِ الْغَيْرِ أَوْ هُوَ صَفْقَةٌ فِي صَفْقَةٍ وَهُوَ إِعَارَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ فِي بَيْعٍ،

قوله: لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا، أي الزرع والثمر ليسا من المرافق والحقوق لأن الحق يُذكر لِمَا هو تابعٌ للمبيع ولا بُدَّ للمبيع منه ولا يقصد إليه إلا لأجل المبيع كالشرب والطريق والمرافق لِمَا يرتفق به أي ينتفع به ويختصُّ بما هو من التوابع كالمتوضأ والمطبخ ومسيل الماء.

قوله: لَمْ يَدْخُلَا فِيهِ لِمَا قُلْنَا، وهو قوله: لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا.

قوله: وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا، بأن لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب، وقيل: لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها لأنَّها مستحق القطع إذ لا يصحُّ البيعُ بشرط التَّرك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن منتفعاً بها حالاً ومآلاً فلم يصح.

قوله: أَوْ هُوَ صَفْقَةٌ فِي صَفْقَةٍ وَهُوَ إِعَارَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ فِي بَيْعٍ، لأنه إن كان بمقابلة

وَكَذَا بَيْعُ الزَّرْعِ بِشَرْطِ التَّرْكِ لِمَا قُلْنَا، وَكَذَا إِذَا تَنَاهَىٰ عِظَمُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ لِمَا قُلْنَا، وَاسْتَحْسَنَهُ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - لِلْعَادَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِيهِ الجُزْءَ المَعْدُومُ، وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ لِمَعْنًى مِنَ الأَرْضِ أَوِ الشَّجَرِ، وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ البَائِعِ طَابَ لَهُ الفَضْلُ، وَإِنْ تَرَكَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ تَصَدَّقَ

منفعة التَّرك بعض الثمن فهو إجارة مشروطٌ في البيع، وإن لم يكن بمقابلتها شيءٌ من الثمن فهو إعارةٌ مشروطةٌ في البيع.

قوله: وَكَذَا إِذَا تَنَاهَى عِظَمُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ لِمَا قُلْنَا، أي أنه شرطٌ لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة ومثله يفسد العقد، وهذا لأنه يحصل في المبيع زيادة جودةٍ وطراوةٍ، وللمشتَري فيه نفع والمعتاد التَّرك بلا شرطٍ لا شرط الترك، وفي الأسرار: الفتوىٰ على قول محمد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِيهِ الجُزْءَ المَعْدُومُ، وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ لِمَعْنًى مِنَ الأَرْضِ أَوِ الشَّجَرِ، وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع فكأنه ضم المعدوم إلى الموجود واشتَراهما فيفسد العقد، ولو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب أنه لا يصح عندنا خلافـًا لمالك رحمه الله تعالىٰ، وكان شمس الأئمة الحلوانِي والفضلي رحمهما الله تعالى يفتيان بالجواز في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك، ويجعلان الموجود أصلًا في العقد وما يحدث بعده تبعـًا استحسانـًا لتعامل الناس، وقد رُوِيَ عن محمد رحمه الله تعالىٰ في بيع الورد على الأشجار أنه يجوز، ومعلومٌ أنَّ الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض، والأصح أنه لا يجوز، كذا في المبسوط، لأنه جمع في العقد بين الموجود والمعدوم والمعدوم لا يقبل البيع وحصة

بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ لِحُصُولِهِ بِجِهَةٍ مَحْظُورَةٍ، وَإِنْ تَرَكَهَا بَعْدَمَا تَنَاهَىٰ عِظَمُهَا لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ، لِأَنَّ هٰذَا تَغَيُّرُ حَالَةٍ لَا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخِيلِ وَقَدِ اسْتَأْجَرَ النَّخِيلَ إِلَىٰ وَقْتِ الإِدْرَاكِ طَابَ لَهُ الفَضْلُ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ بَاطِلَةٌ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ وَالْحَاجَةِ فَبَقِيَ الإِذْنُ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الزَّرْعَ وَاسْتَأْجَرَ الأَرْضَ إِلَىٰ

الموجود غير معلومة، وترك القياس بالتعامل إنَّما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة ههنا، أمَّا في الباذنجان والبطيخ فلأنه يمكن أن يبيع أصولهما حتى يكون الحادث على ملك المشتري، ولا ضرورةَ في بيع الثمار لأنه يمكنه أن يشتَري الموجود ببعض الثمن ويؤخِّر العقد فيما بقي إلىٰ وقت وجوده فلا ضرورة إلىٰ تجويز العقد في المعدوم.

قوله: لِأَنَّ هٰذَا تَغَيُّرُ حَالَةٍ، كتغير اللون والطعم والثمار إذا صارت بِهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع فيها، ولكن النضج من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها إلا عمل الشمس والقمر والكواكب، فلهذا قال محمد رحمه الله تعالىٰ: أستحسن جوازه.

قوله: لِعَدَمِ التَّعَارُفِ وَالْحَاجَةِ، لأن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار، ولهذا لو استأجر نخلًا ليجفِّف عليه الثياب لا يجوز ولا حاجة لأنه يمكن للمشتَري أن يشتري الثمار مع أصولها فتَركها على الأشجار.

قوله: فَبَقِيَ الإِذْنُ مُعْتَبَرًا، فإن قيل: الإذن ثبت في ضمن الاستئجار وقد بطل المتضمن فيبطل ما في ضمنه؟ قلنا: الإذن في الإجارة الباطلة صار أصلًا إذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحلّ والمعدوم لا يصلح متضمنًا فصار الإذن مقصودًا، ولا كذلك في الإجارة الفاسدة لأنَّ الفاسد ما كان موجودًا بأصله فائتًا بوصفه فأمكن جعله متضمِّنًا للإذن

أَنْ يُدْرِكَ وَتَرَكَهُ حَيْثُ لَا يَطِيبُ لَهُ الفَضْلُ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِلْجَهَالَةِ فَأَوْرَثَتْ خُبْثًا، وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا فَأَثْمَرَتْ ثَمَرًا آخَرَ قَبْلَ القَبْضِ فَسَدَ البَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُ المَبِيعِ لِتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ، وَلَوْ أَثْمَرَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ لِلاخْتِلَاطِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي مِقْدَارِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ، وَكَذَا فِي البَاذِنْجَانِ وَالْبِطِّيخِ، وَالْمَخْلَصُ أَنْ يَشْتَرِيَ الأُصُولَ لِتَحْصُلَ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ مِلْكِهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِيَ مِنْهَا، أَرْطَالًا مَعْلُومَةً) خِلَافًا لِمَالِكٍ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ البَاقِيَ بَعْدَ الِاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ، بِخِلَافِ

وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في الضمن فيفسد الإذن فيتمكّن الخبث.

قوله: لِأَنَّ الإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِلْجَهَالَةِ، أي لجهالة مدَّة الإدراك فيصير المعقود عليه مجهولًا فقد يتقدَّم الإدراك إذا تعجل الحرُّ وقد يتأخر الإدراك إذا طال البرد.

قوله: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِيَ مِنْهَا، أَرْطَالًا مَعْلُومَةً، سواءٌ كان على الشجر أو بعد الجزِّ، خلافاً لمالك رحمه الله لأنَّ الباقي بعد الاستثناء مجهولٌ وهذه الجهالة تفضي إلى النزاع إذ المشتري يطالب بالأجود والبائع يسلم الأردأ على أنه يحتمل أن الموجود ليس إلا هذه الأرطال المستثناة، وصحَّ في ظاهر الرواية لأنَّ الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد، كما لو استثنى قفيزًا من صبرة، وما لا يجوز إفراده بالعقد لا يجوز استثناؤه من العقد، كما لو استثنى عضوًا من الشاة ونحوه، وهذا لأن الاستثناء استخراج بعض ما يتناوله الكلام في حق الحكم فإنما يصح في محل يمكن إثبات حكم الكلام فيه مقصودًا وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه، وبيع الحمل وأطراف الحيوان

مَا إِذَا بَاعَ وَاسْتَثْنَىٰ نَخْلًا مُعَيَّنًا؛ لِأَنَّ البَاقِيَ مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: قَالُوا هٰذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ؛ أَمَّا عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ مَا يَجُوزُ إِيرَادُ العَقْدِ عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ العَقْدِ، وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ جَائِزٌ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ، بِخِلَافِ اسْتِثْنَاءِ الحَمْلِ وَأَطْرَافِ الحَيَوَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا وَالْبَاقِلَاءِ فِي قِشْرِهِ) وَكَذَا الأُرْزُ وَالسِّمْسِمُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ بَيْعُ البَاقِلَاءِ الأَخْضَرِ، وَكَذَا الجَوْزُ وَاللَّوْزُ وَالْفُسْتُقُ فِي قِشْرِهِ الأَوَّلِ عِنْدَهُ، وَلَهُ

لا يجوز فكذا استثناؤه، وهذا لأنَّ الحكم فيه ثبت بعلة الأصل فلا يستقيم استخراجه عن العقد والدليل الموجب في حقه قائمٌ.

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا، إلخ، فإن قيل: إذا باع حبَّ قطن في قطن بعينه أو باع نوىٰ تمر في تمر بعينه لا يجوز مع أنه موجودٌ في غلافه كالحنطة في سنبلها؟ قلنا: أشار أبو يوسف رحمه الله إلى الفرق بينهما فقال: لأن الغالب في السنبلة الحنطة، ألا ترىٰ أنكَ تقول: هذه حنطةٌ، وهيَ في سنبلها ولا نقول: هذا حبٌّ، وهو في القطن وإنما تقول: هذا قطنٌ، وكذلك في التمر، كذا في الذخيرة، وفي شرح الطحاوي: الأصل أنه إذا باع شيئًا وهو في غلافه قبل الإزالة فإنه لا يجوز إلا الحنطة في سنبلها وسائر الحبوب في سنابلها والذهب في ترابه والفضة في ترابها، بخلاف جنسه من الثمن، كما لو باع لبنًا في الضرع، أو لحمًا في الشاة، أو شحمها، أو إليتها، أو أكارعها، أو جلودها، أو باع دقيقًا في هذه الحنطة، أو زيتًا في هذا الزيتون، أو دهنًا في هذا السمسم، أو عصيرًا في هذا العنب من الأشياء التي في خلقتها بحيث لا يمكن أخذها وقبضها إلا بإفساد الخلقة فلا يجوز البيع فيها.

فِي بَيْعِ السُّنْبُلَةِ قَوْلَانِ، وَعِنْدَنَا يَجُوزُ ذٰلِكَ كُلُّهُ، لَهُ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَسْتُورٌ بِمَا لَا مَنْفَعَةَ لَهُ فِيهِ فَأَشْبَهَ تُرَابَ الصَّاغَةِ إِذَا بِيعَ بِجِنْسِهِ، وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّىٰ يُزْهِيَ، وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّىٰ يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ العَاهَةَ» ؛ وَلِأَنَّهُ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ فِي سُنْبُلِهِ كَالشَّعِيرِ، وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ مَالًا مُتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ تُرَابِ الصَّاغَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِجِنْسِهِ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، حَتَّىٰ لَوْ بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ جَازَ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ بَاعَهُ بِجِنْسِهِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِشُبْهَةِ الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي قَدْرَ مَا فِي السَّنَابِلِ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ فِي البَيْعِ مَفَاتِيحُ إِغْلَاقِهَا) ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ الإِغْلَاقُ؛ لِأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا لِلْبَقَاءِ

قوله: فَأَشْبَهَ تُرَابَ الصَّاغَةِ إِذَا بِيعَ بِجِنْسِهِ، أي تراب الفضة بتُراب الفضة أو بالفضة، وتراب الذهب بتُراب الذهب أو بالذهب، وهو ترابٌ يجتمع في موضع يصاغ فيه الذهب والفضة.

قوله: نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ، أي بيع ثمر النخل.

قوله: حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ العَاهَةَ، وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية.

قوله: كَالشَّعِيرِ، يجوز بيع الشعير في سنبله بالإجماع.

قوله: وَفِي مَسْأَلَتِنَا، أي في بيع الحنطة في سنبلها، لَوْ بَاعَهُ بِجِنْسِهِ، أي باع الحنطة في سنبلها بحنطة في سنبلها، لَا يَجُوزُ، لشبهة الربا لأنه لا يُدرىٰ قدر ما في السنابل.

وَالْمِفْتَاحُ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الغَلَقِ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ بَعْضٍ مِنْهُ إِذْ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ الكَيَّالِ وَنَاقِدِ الثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ) أَمَّا الكَيْلُ فَلَا بُدَّ مِنْهُ لِلتَّسْلِيمِ وَهُوَ عَلَى البَائِعِ، وَمَعْنَىٰ هٰذَا إِذَا بِيعَ مُكَايَلَةً، وَكَذَا أُجْرَةُ الوَزَّانِ وَالزَّرَّاعِ وَالْعَدَّادِ، وَأَمَّا النَّقْدُ فَالْمَذْكُورُ رِوَايَةُ ابْنِ رُسْتُمَ عَنْ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ النَّقْدَ يَكُونُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الوَزْنِ وَالْبَائِعُ هُوَ المُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِيُمَيِّزَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِهِ أَوْ لِيَعْرِفَ المَعِيبَ لِيَرُدَّهُ، وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْهُ: عَلَى المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ تَسْلِيمِ الجَيِّدِ المُقَدَّرِ، وَالْجُودَةُ تُعْرَفُ بِالنَّقْدِ كَمَا يُعْرَفُ القَدْرُ بِالْوَزْنِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ عَلَى المُشْتَرِي) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ هُوَ المُحْتَاجُ إِلَىٰ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَبِالْوَزْنِ يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ.

قوله: إِذْ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ، أي بالغلق، بِدُونِهِ، أي بدون المفتاح، فإن قيل: الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره أو ذكر الحقوق؟ قلنا: شرى الدار قد يكون مقصودًا بدون الطريق لأنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتَراة، وأمَّا المغلاق فلا يكون مقصودًا منفردًا عن المفتاح فيدخل بدون الذكر، كما إذا استأجر دارًا يدخل الطريق بدون الذكر.

قوله: وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْهُ، أي عن محمد رحمه الله تعالى، عَلَى المُشْتَرِي، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله تعالى.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنٍ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي ادْفَعِ الثَّمَنَ أَوَّلًا) ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي تَعَيَّنَ فِي الْمَبِيعِ فَيُقَدَّمُ دَفْعُ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ الْبَائِعِ بِالْقَبْضِ، لِمَا أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِسِلْعَةٍ أَوْ ثَمَنًا بِثَمَنٍ قِيلَ لَهُمَا: سُلِّمَا مَعًا) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي التَّعَيُّنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَىٰ تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا فِي الدَّفْعِ.

قوله: تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ، أي في تعيين حقِّ كل واحد منهما وفي المالية أيضاً، لأن الدين أنقص من العين، ولو كان المبيع غائبًا عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكَّن من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا في المغني، والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب.

* * *

بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ

قَالَ: (خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزٌ فِي البَيْعِ لِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَلَهُمَا الخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا) وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رُوِيَ: «أَنَّ حِبَّانَ بْنَ مُنْقِذِ بْنِ عَمْرٍو الأَنْصَارِيَّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ يُغْبَنُ فِي البِيَاعَاتِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ -

باب خيار الشرط

البيع نوعان: لازم وهو الأصل، وغير لازم وهو الذي فيه الخيار، وهذه الإضافة من باب إضافة الحكم إلىٰ سببه كصلاة الظهر إذ لولا الشرط لما ثبت الخيار، والموانع أنواع: ما يمنع انعقاد العلة كإضافة البيع إلى الحر، ومانع يمنع تمام العلة كبيع مال الغير، ومانع يمنع الحكم كخيار الشرط، ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية، ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب، وبيان أنَّ خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم أنَّ الشرط دخل على الحكم دون السبب لأنَّ الإثباتات لا تقبل التعليق بالشرط فجعلنا الشرط داخلًا على الحكم دون السبب فيتنجَّز السبب ويتعلق الحكم تقليلًا للتعليق، حتى لو قال: إن اشتَريتُ هذا العبد فهو حرٌّ، فاشتراه بشرط الخيار للبائع تنحلُّ اليمين لا إلى جزاء، حتى لو اشتَراه بعد ذلك بيعـًا باتًّا لا يعتق عليه، فلولا انعقاد السبب لما انحلت اليمين، ولولا مانعية ثبوت الحكم لثبت العتق.

قوله: حِبَّانَ بْنَ مُنْقِذٍ، بفتح الحاء المهملة وبالباء بنقطةٍ واحدةٍ تحتانيةٍ، وقد كان يغبن في البياعات لمأمومة أصابت رأسه، والخلابة: الخداع يقال: خلبه بمنطقه، إذا أمال قلبه بألْطَف القول، وغبنه في البيع: أي خدعه، والغبن: ضعف الرأي يقال: رجل غبين

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خَلَابَةَ وَلِيَ الخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ». (وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ (وَقَالَا: يَجُوزُ إِذَا سَمَّىٰ مُدَّةً مَعْلُومَةً لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّهُ أَجَازَ الخِيَارَ إِلَىٰ شَهْرَيْنِ) ؛ وَلِأَنَّ الخِيَارَ إِنَّمَا شُرِعَ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّرَوِّي لِيَنْدَفِعَ الغَبْنُ، وَقَدْ تَمَسُّ الحَاجَةُ إِلَى الأَكْثَرِ فَصَارَ كَالتَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ شَرْطَ الخِيَارِ يُخَالِفُ مُقْتَضَى العَقْدِ وَهُوَ اللُّزُومُ، وَإِنَّمَا جَوَّزْنَاهُ بِخِلَافِ القِيَاسِ لِمَا رَوَيْنَاهُ مِنَ النَّصِّ، فَيُقْتَصَرُ عَلَى المُدَّةِ المَذْكُورَةِ فِيهِ وَانْتَفَتِ الزِّيَادَةُ (إِلَّا

الرأي، ومعنى قوله: لَا خَلَابَةَ، أي العدول عن البيع الباتِّ إلى الخيار ليس مني غرور وخداع لك بل المقصو د التَّروِّي، ويحتمل أنَّها لا خلابة من جهة البائع ، يعني إثبات الخيار لي حتى أتروّىٰ وأدفع الغبن عن نفسي إن كان في هذا البيع.

قوله: فَصَارَ كَالتَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ، أي جوَّز قليله وكثيره وإن كان يخالف مقتضى العقد لأجل الحاجة.

قوله: فَيُقْتَصَرُ عَلَى المُدَّةِ المَذْكُورَةِ فِيهِ وَانْتَفَتِ الزِّيَادَةُ، وذكر في المبسوط: وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدلَّ بالحديث بأنَّ النبيَّ صلَّى الله عليه وسلَّم قدَّر الخيار بثلاثة أيام، والتقدير الشرعي إنما يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما، وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فإنَّ اشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز، فعرفنا أنه لمنع الزيادة إذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدةٌ، وفي حديث ابن عُمر رضي الله عنه: أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط، ولعل المراد به خيار الرؤية أو خيار العيب، وأنه أجاز الرؤية

أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ فِي الثَّلَاثِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) خِلَافًا لِزُفَرٍ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا، وَلَهُ أَنَّهُ أَسْقَطَ الْمُفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ وَأَعْلَمَهُ فِي الْمَجْلِسِ، وَلِأَنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، فَإِذَا أَجَازَ قَبْلَ ذٰلِكَ لَمْ يَتَّصِلِ الْمُفْسِدُ بِالْعَقْدِ، وَلِهٰذَا قِيلَ: إِنَّ الْعَقْدَ يَفْسُدُ بِمُضِيِّ جُزْءٍ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، وَقِيلَ: يَنْعَقِدُ فَاسِدًا ثُمَّ يَرْتَفِعُ الْفَسَادُ بِحَذْفِ الشَّرْطِ، وَهٰذَا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ.

بعد الشهرين.

قوله: أَسْقَطَ الْمُفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا، كما لو باع جذعاً في السقف ثمَّ نزعه وسلمه، أو باع بالرقم وأعلمه في المجلس، الرقم في الأصل الكتابة والختم، والتاجر يرقم الثياب أي يعلمها بأنَّ ثمنها كذا، والمراد من البيع بالرقم هو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بِها الدلَّال أو غيره بأن ثمن الثوب كذا درهماً ولا يعلم المشتري ذلك القدر فيقول صاحب الثوب أو الدلال أو غيره: بعتكَ هذا الثوب برقمه، فقال المشتري: قبلتُ، من غير أن يعلم مقداره ينعقد البيع فاسدًا، ثمَّ لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جائزًا بالاتفاق، وهذا عند أهل العراق من أصحابنا رحمهم الله تعالى فإن عندهم ينعقد فاسدًا ويرتفع الفساد بحذف الشرط، والأوجه أنه موقوف فإذا مضىٰ جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن، وهو مذهب أهل خراسان، وإليه مال الإمام السرخسي رحمه الله تعالى.

قوله: وَهٰذَا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وهو قوله: وَلَهُ أَنَّهُ أَسْقَطَ الْمُفْسِدَ، يعني أنَّ القول بانعقاده فاسدًا ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد إنَّما يستقيم على التعليل الأول، وأمَّا على التعليل الثانِي وهو قوله: وَلِأَنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، إلىٰ آخره، فلا

(وَلَوِ اشْتَرَىٰ عَلَىٰ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَىٰ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا جَازَ، وَإِلَىٰ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِلَىٰ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ نَقَدَ فِي الثَّلَاثِ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ هٰذَا فِي مَعْنَىٰ اشْتِرَاطِ الخِيَارِ إِذِ الحَاجَةُ مَسَّتْ إِلَى الِانْفِسَاخِ عِنْدَ عَدَمِ النَّقْدِ تَحَرُّزًا عَنِ المُمَاطَلَةِ فِي الفَسْخِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِ، وَقَدْ مَرَّ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَىٰ أَصْلِهِ فِي المُلْحَقِ بِهِ، وَنَفْيِ الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ فِي تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ، وَأَبُو يُوسُفَ أَخَذَ فِي الأَصْلِ بِالْأَثَرِ، وَفِي هٰذَا بِالْقِيَاسِ، وَفِي هٰذِهِ المَسْأَلَةِ قِيَاسٌ آخَرُ

يستقيم القول بارتفاع الفساد بحذف الشرط لأنه لم ينعقد فاسدًا إذ المفسد هو اتصال اليوم الرابع، ولمَّا أجاز في الأيام الثلاثة عُلِم أنَّ العقد كان جائزًا من الأصل.

قوله: وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ هٰذَا فِي مَعْنَى اشْتِرَاطِ الخِيَارِ، في المقصود لأنه يكون ثمَّة مخيرًا في الأيام الثلاثة بين الفسخ والإمضاء وشرط الخيار جوِّز لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل إلا هذا المقصود غير أنه جعل ترك النقد أمارة الفسخ والنقد أمارة الإمضاء كأنه قال: إن شئتَ أجزت العقد، فانقد الثمن إلىٰ ثلاثة أيَّام، وإن شئتَ افسخه فلا نقد، وفي الحاجة إذ كما يحتاج ثمَّة إلى التَّروي في المبيع هل يوافقه أم لا؟ يحتاج هٰهنا إلى التأمُّل في الثمن هل يصير منقودًا أم لا، فإن قيل: لو سكتَ ثمَّة حتى مضت المدة تمَّ البيع وههنا لو سكت حتى مضت المدة ينفسخ البيع فلا يكون في معناه؟ قلنا: الحاجة ماسَّة إلى انفساخ العقد متى لم ينقد الثمن ليدفع غبن عدم النقد فكان ملحقًا به من حيث الحاجة إلىٰ دفع الغبن.

قوله: وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَخَذَ فِي الأَصْلِ - أي في شرط الخيار - بِالْأَثَرِ، وهو

وَإِلَيْهِ مَال زُفَرُ، وَهُوَ أَنَّهُ بَيْعٌ شُرِطَ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ لِتَعَلُّقِهَا بِالشَّرْطِ، وَاشْتِرَاطُ الصَّحِيحِ مِنْهَا فِيهِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ، فَاشْتِرَاطُ الفَاسِدِ أَوْلَىٰ وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَخِيَارُ البَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ) ؛ لِأَنَّ تَمَامَ هٰذَا السَّبَبِ بِالْمُرَاضَاةِ وَلَا يَتِمُّ مَعَ الخِيَارِ وَلِهٰذَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ، وَلَا يَمْلِكُ المُشْتَرِي التَّصَرُّفَ فِيهِ وَإِنْ قَبَضَهُ بِإِذْنِ البَائِعِ (وَلَوْ قَبَضَهُ المُشْتَرِي وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالْقِيمَةِ) ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يَنْفَسِخُ بِالْهَلَاكِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ

ما رُوِيَ أنَّ ابن عُمر رضي الله عنهما أجاز الخيار إلىٰ شهرين، وَفِي هٰذَا، أي في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقد، بِالْقِيَاسِ، لأن القياس في شرط الخيار ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ وإنما تركناه بأثر ابن عمر رضي الله عنهما ولا أثر ههنا فبقي علىٰ أصل القياس.

قوله: بَيْعٌ شُرِطَ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ لِتَعَلُّقِهَا - أي لتعلق الإقالة - بِالشَّرْطِ، وهو عدم النقد واشتِراط الصحيح منها فيه مفسدٌ بأن قال بعتكَ هذا العين علىٰ أن تقيله لم يصح، وهذه إقالة صحيحة لأنَّها غير معلقة، وذكر في الفوائد الظهيرية: ثمَّ إنه إن لم ينقد الثمن إلى انقضاء ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتَّىٰ لو أعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه وإن كان في يد البائع لا ينفذ، ثمَّ لو كان مثل هذا الشرط للبائع بأن اشتَرىٰ عبدًا ونقد الثمن على أنَّ البائع إن ردَّ الثمن إلىٰ ثلاثة أيام فلا بيع بيننا جاز البيع بِهذا الشرط ويصير البيع بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع حتَّىٰ إذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونـًا عليه بالقيمة، ولو أعتقه المشتري لا ينفذ، ولو أعتقه البائع ينفذ.

قوله: وَلَوْ قَبَضَهُ المُشْتَرِي وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالْقِيمَةِ، وقال ابن

مَوْقُوفًا، وَلَا نَفَاذَ بِدُونِ المَحَلِّ فَبَقِيَ مَقْبُوضًا فِي يَدِهِ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ وَفِيهِ القِيمَةُ، وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِ البَائِعِ انْفَسَخَ البَيْعُ وَلَا شَيْءَ عَلَى المُشْتَرِي اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ المُطْلَقِ.

قَالَ: (وَخِيَارُ المُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَنْ مِلْكِ البَائِعِ) ؛ لِأَنَّ البَيْعَ فِي جَانِبِ الآخَرِ لَازِمٌ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الخِيَارَ إِنَّمَا يَمْنَعُ خُرُوجَ البَدَلِ عَنْ مِلْكِ مَنْ لَهُ الخِيَارُ؛ لِأَنَّهُ شُرِعَ نَظَرًا لَهُ دُونَ الآخَرِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنَّ المُشْتَرِيَ لَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا:

أبي ليلى رحمه الله: لا شيءَ عليه لأنه أمين فيه حيث قبضه بإذن صاحبه، وإنا نقول: البائع ما رضي بقبضه إلا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونًا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء، وهذا لأنَّ الضمان الأصلي الثابت بالعقد هو القيمة، وإنما يتحوَّل منها إلى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائعُ الخيارَ لنفسه فبقي الضمان الأصلي، وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري على ما يجيء.

قوله: وَفِيهِ القِيمَةُ، أي في المقبوض على سوم الشراء القيمة إذا لم يكن مثليًّا، فإن كان مثليًّا فعليه المثل، ثم إنَّ المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضمونـًا إذا كان الثمن مسمًّىٰ حتى إذا قال: اذهب بهذا الثوب فإن رضيتَه اشتَريته، فذهب به فهلك لا يضمن، ولو قال: إن رضيته اشتريته بعشرة، فذهب به فهلك ضمن قيمته، وعليه الفتوٰى.

قوله: اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ المُطْلَقِ، أي بالبيع الصحيح المطلق عن الخيار إذا هلك المبيع في يد البائع ينفسخ البيع، فإن قيل: ما فائدة قيده بالصحيح مع أنَّ الحكم في الفاسد كذلك؟ قلنا: إجراءً لتصرفات المسلمين على ما هو الأليق بحالهم من التصرفات

يَمْلِكُهُ) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا خَرَجَ عَنْ مِلْكِ البَائِعِ فَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ المُشْتَرِي يَكُونُ زَائِلًا لَا إِلَىٰ مَالِكٍ، وَلَا عَهْدَ لَنَا بِهِ فِي الشَّرْعِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَخْرُجِ الثَّمَنُ عَنْ مِلْكِهِ فَلَوْ قُلْنَا بِأَنَّهُ يَدْخُلُ المَبِيعُ فِي مِلْكِهِ لَاجْتَمَعَ البَدَلَانِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ حُكْمًا لِلْمُعَاوَضَةِ، وَلَا أَصْلَ لَهُ فِي الشَّرْعِ؛ لِأَنَّ المُعَاوَضَةَ تَقْتَضِي المُسَاوَاةَ؛ وَلِأَنَّ الخِيَارَ

الصحيحة دون الفاسدة.

قوله: وَلَا عَهْدَ لَنَا بِهِ فِي الشَّرْعِ، أي غير معهود في شريعتنا أن يكون الشيء مملوكًا ولا مالك له، فإن قيل: متولّي الوقف إذا اشترىٰ عبدًا لخدمة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري؟ قلنا: غير معهود في الشرع أي في باب التجارة، وما ذكره من النقض ملحقٌ بتوابع الأوقاف من المنقولات والحكم في الأوقاف كذلك ولأنه مبقي على حكم ملك الواقف ولهذا يكون الثواب له.

قوله: حُكْمًا لِلْمُعَاوَضَةِ، احتَرز به عن الضمان في غصب المدبر فإنَّ المدبر المغصوب إذا أبق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملك المولى، فقد اجتمع البدلان وهو المدبر وبدله وهو الضمان في ملك المولىٰ؟ قلنا: ذاك ضمان جناية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى يصح البيع فيجب أن لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة، وفي الفوائد الظهيرية: ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى من كون الشيء مملوكًا ولا مالك له مشروع في الجملة، كما في العبد المشترى لخدمة الكعبة، وما قالا من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشروع أصلًا، فكان التعويل على ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى: ويجوز أن يخرج الشيء عن ملك إنسان ولا يدخل في ملك غيره، كالتركة

شُرِعَ نَظَرًا لِلْمُشْتَرِي لِيَتَرَوَّىٰ فَيَقِفَ عَلَى المَصْلَحَةِ، وَلَوْ ثَبَتَ المِلْكُ رُبَّمَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ بِأَنْ كَانَ قَرِيبَهُ فَيَفُوتُ النَّظَرُ.

قَالَ: (فَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ بِالثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ) بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّهُ إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ يَمْتَنِعُ الرَّدُّ، وَالْهَلَاكُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ مُقَدِّمَةِ عَيْبٍ فَيَهْلِكُ، وَالْعَقْدُ قَدِ انْبَرَمَ فَيَلْزَمُهُ

المستغرقة من الدين يزول عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة، لكن في قوله: يزول عن ملك الميت، منعٌ، إذ التَّركة مبقاة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه.

قوله: وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ، أي يلزم العقد ويجب الثمن، هذا إذا كان عيبًا لا يرتفع كما إذا قطعت يده، وأمَّا إذا كان عيبًا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو علىٰ خياره إذا زال المرض في الأيَّام الثلاثة، وأمَّا إذا مضت الثلاثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر الرد، كذا في الإيضاح.

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّهُ إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ، أي إذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري فدخله عيب يمنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا أنه تعذر عليه الرد، كما قبض سليمًا من العيب، وكذلك في الهلاك لأنه لمَّا أشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن رده كما قبضه فتم البيع وهو قائم فلزم الثمن المسمَّىٰ، وكذا إن تعيب بفعله أوبفعل أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع لأنه عجز عن رده، كما قبض بأيِّ وجه تعيب عنده فسقط خياره، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأنه وإن أشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لأنه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لأنه لو رضي به يتمكن من الاسترداد، فإذا هلك هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة إذ لو لزم البيع فيه للزم بعد موته وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونًا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء.

الثَّمَنُ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ بِدُخُولِ العَيْبِ لَا يَمْتَنِعُ الرَّدُّ حُكْمًا بِخِيَارِ البَائِعِ فَيَهْلِكُ وَالعَقْدُ مَوْقُوفٌ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ امْرَأَتَهُ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا لِمَا لَهُ مِنَ الخِيَارِ (وَإِنْ وَطِئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ الوَطْءَ بِحُكْمِ النِّكَاحِ (إِلَّا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا)؛ لِأَنَّ الوَطْءَ يُنْقِصُهَا، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَا: يَفْسُدُ النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا (وَإِنْ وَطِئَهَا لَمْ يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ وَطْأَهَا بِمِلْكِ اليَمِينِ فَيَمْتَنِعُ الرَّدُّ وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا؛ وَلِهٰذِهِ المَسْأَلَةِ أَخَوَاتٌ كُلُّهَا تَبْتَنِي عَلَىٰ وُقُوعِ المِلْكِ لِلْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الخِيَارِ وَعَدَمِهِ: مِنْهَا: عِتْقُ المُشْتَرَىٰ عَلَى المُشْتَرِي إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَمِنْهَا: عِتْقُهُ إِذَا كَانَ المُشْتَرِي حَلَفَ إِنْ مَلَكْتُ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِنِ اشْتَرَيْتُ فَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُنْشِئِ لِلْعِتْقِ

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ، قيَّد بشراء امرأته لأنَّ المشتَراة إذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونِها بكرًا أو ثيبا في أنه يكون مختارًا للبيع بالوطء بالإجماع، سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها.

قوله: وَإِنْ وَطِئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا، أي وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطء، أمَّا إذا نقصها فليس له الرد وإن كانت ثيبًا.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِنِ اشْتَرَيْتُ، حيث يعتق عندهم جميعًا لأنه كالمنشئ للعتق لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط، فإن قيل: لو كان كالمنشئ للعتق

بَعْدَ الشِّرَاءِ فَيَسْقُطُ الخِيَارُ، وَمِنْهَا: أَنَّ حَيْضَ المُشْتَرَاةِ فِي المُدَّةِ لَا يُجْتَزَأُ بِهِ عَنِ الِاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يُجْتَزَأُ؛ وَلَوْ رُدَّتْ بِحُكْمِ الخِيَارِ إِلَى البَائِعِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ إِذَا رُدَّتْ بَعْدَ القَبْضِ، وَمِنْهَا: إِذَا وَلَدَتِ المُشْتَرَاةُ فِي المُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَمِنْهَا: إِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي المَبِيعَ بِإِذْنِ البَائِعِ ثُمَّ

لوقع عتق المحلوف بعتقه بالشراء عن الكفارة إذا اشتَراه ناويـًا عن الكفارة؟ قلنا: إنَّما جعلناه كالمنشئ تصحيحًا للجزاء أعني قوله: فَهُوَ حُرٌّ، وليس من ضرورة جعله كالمنشئ في حق الجزاء جعله كالمنشئ في صحة نية الكفارة لأنَّ الثابت بالضرورة يتقدَّر بقدرها.

قوله: أَنَّ حَيْضَ المُشْتَرَاةِ فِي المُدَّةِ لَا يُجْتَزَأُ بِهِ عَنِ الِاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ، وذكر في شرح الطحاوي: فحاضت عنده بعد القبض في مدَّة الخيار، أو حصل بعض الحيضة في مدَّة الخيار فاختار صارت للمشتري، ولا يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما يجتزأ بِها.

قوله: لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ عِنْدَهُ، سواءٌ كان الرد قبل القبض أو بعده، وعندهما إن كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياسًا واستحسانًا، فأمَّا قبل القبض فيجب الاستبراء قياسًا ولا يجب استحسانـًا لأنَّ الملك وإن ثبت لكنه لم يتقرر، وأجمعوا علىٰ أنَّ العقد لو كان باتًّا ثم فسخ العقد بينهما بإقالة أو بغيرها، إن كان قبل القبض القياس أن يجب على البائع الاستبراء، وفي الاستحسان لا يجب، وإن كان بعده فالاستبراء واجب قياسًا واستحسانًا.

قوله: وَمِنْهَا: إِذَا وَلَدَتِ المُشْتَرَاةُ فِي المُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، يريدُ به إذا ولدت في مدة الخيار وهي في يد البائع ولم يقبضها المشتري، أمَّا إذا كانت مقبوضة في يد

أَوْدَعَهُ عِنْدَ البَائِعِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي المُدَّةِ هَلَكَ مِنْ مَالِ البَائِعِ لِارْتِفَاعِ القَبْضِ بِالرَّدِّ لِعَدَمِ المِلْكِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا مِنْ مَالِ المُشْتَرِي لِصِحَّةِ الإِيدَاعِ بِاعْتِبَارِ قِيَامِ المِلْكِ، وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ المُشْتَرِي عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ فَأَبْرَأَهُ البَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ فِي المُدَّةِ بَقِيَ عَلَىٰ خِيَارِهِ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ امْتِنَاعٌ عَنِ التَّمَلُّكِ وَالْمَأْذُونُ لَهُ يَلِيهِ، وَعِنْدَهُمَا بَطَلَ خِيَارُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنْهُ تَمْلِيكًا بِغَيْرِ عِوَضٍ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَىٰ ذِمِّيٌّ

المشتري وولدت عنده في مدة الخيار يسقط الخيار ويثبت الملك للمشتري وتصير أم ولد له بالاتفاق لأنَّها تعيبت بالولادة، ويدلُّ عليه ما ذكر في المبسوط: وإن اشترىٰ جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت عنده سقط خياره لأنَّها تعيبت بالولادة، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: ومنها إذا اشترى جارية قد ولدت منه بنكاحٍ علىٰ أنه بالخيار ثلاثة أيَّام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تصير أم ولد له ولا يبطل خياره، وعندهما تصير أم ولد له ويبطل خياره.

قوله: فَهَلَكَ فِي يَدِهِ، أي في يد البائع في المدَّة أو بعدها هلك على البائع ويبطل البيع.

قوله: فَأَبْرَأَهُ البَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ، فإن قيل: إذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالإجماع فلا يملكه البائع ضرورةً فكيف يصح إبراؤه؟ قلنا: في القياس لا يبرأ وفي الاستحسان يبرأ، وذكر في شرح الطحاوي رحمه الله تعالىٰ: ثم إنَّ البائع أبرأه من الثمن فالقياس أن لا يصح إبراؤه لأنه لا يملك الثمن، وفي الاستحسان يصحُّ إبراؤه لأنه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد.

قوله: وَالْمَأْذُونُ لَهُ يَلِيهِ، أي له ولاية الامتناع عن التملُّك.

قوله: وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَىٰ ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ، وإن كان

مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ بَطَلَ الخِيَارُ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا فَلَا يَمْلِكُ رَدَّهَا وَهُوَ مُسْلِمٌ، وَعِنْدَهُ يَبْطُلُ البَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا فَلَا يَتَمَلَّكُهَا بِإِسْقَاطِ الخِيَارِ بَعْدَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ.

قَالَ: (وَمَنْ شُرِطَ لَهُ الخِيَارُ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ فِي المُدَّةِ وَلَهُ أَنْ يُجِيزَ، فَإِنْ أَجَازَهُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ صَاحِبِهَا جَازَ، وَإِنْ فَسَخَ لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الآخَرُ حَاضِرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَالشَّرْطُ هُوَ العِلْمُ، وَإِنَّمَا كَنَّىٰ بِالْحَضْرَةِ عَنْهُ، لَهُ أَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَى الفَسْخِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ فَلَا يُتَوَقَّفُ عَلَىٰ عِلْمِهِ كَالْإِجَازَةِ وَلِهٰذَا لَا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ وَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الغَيْرِ وَهُوَ العَقْدُ بِالرَّفْعِ، ....

العقد بشرط الخيار للبائع فأسلم البائع بطل البيع لِمَا ذكرنا أنَّ المبيع لم يخرج عن ملكه والإسلام منع إخراجه عن ملكه بالعقد، ولو أسلم المشتري فلا يبطل العقد وخيار البائع علىٰ حاله لأنَّ العقد من جانب المشتري باقٍ، فإن اختار البائع الفسخَ عادت الخمر إليه، وإن اختار الإجازة صارت الخمر للمشتري حكمًا، والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكمـًا كما يتملَّك بالميراث.

قوله: وَإِنَّمَا كَنَّىٰ بِالْحَضْرَةِ، عن العلم، بطريق ذكر السبب وإردة المسبب فالحضرة سببٌ للعلم.

قوله: وَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ، فإنَّ للوكيل أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائبًا لِمَا أنه مسلط من جهة الموكل فكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه.

وَلَا يَعْرَىٰ عَنِ المَضَرَّةِ؛ لِأَنَّـهُ عَسَاهُ يَعْتَمِدُ تَمَامَ البَيْعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَتَلْزَمُهُ غَرَامَةُ القِيمَةِ بِالْهَلَاكِ فِيمَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ، أَوْ لَا يَطْلُبُ لِسِلْعَتِهِ مُشْتَرِيًا فِيمَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي، وَهٰذَا نَوْعُ ضَرَرٍ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ عِلْمِهِ وَصَارَ كَعَزْلِ الوَكِيلِ، بِخِلَافِ الإِجَازَةِ لِأَنَّـهُ لَا إِلْزَامَ فِيهِ،

قوله: وَلَا يَعْرَىٰ عَنِ المَضَرَّةِ، فإن قيل: لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر أيضـًا وهو أن يخفي الذي ليسَ من جانبه الخيار شخصه حتى يمضي مدة الخيار فلزمه العقد شاء أو أبَىٰ فيتضرَّر من له الخيار إذا أبَىٰ لزوم البيع؟ قلنا: إنَّما لزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررًا مرضيًّا، بخلاف ما نحن فيه، وفي فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالى: رجل اشترىٰ شيئًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجاء المشتري في الثلاثة إلىٰ باب البائع ليرد المبيع فاختفى البائع منه وطلب المشتري من القاضي أن ينصب خصمًا عن البائع ليردَّه عليه، اختلفوا فيه قال بعضهم: ينصب خصمًا نظرًا للمشتري، وقال محمد بن سلمة: لا يجيبه القاضي إلىٰ ذلك ولا ينصب خصمًا لأنَّ المشتري لمَّا اشترى ولم يأخذ منه كفيلاً مع احتمال تغيبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له، وإن لم ينصب القاضي خصمًا وطلب المشتري من القاضي الأعذار عن محمد رحمه الله تعالى فيه روايتان: في رواية يجيبه القاضي إلىٰ ذلك فيبعث مناديًا ينادي على باب البائع أنَّ القاضي يقول: إن خصمك فلانًا يريد أن يرد المبيع عليك، فإن حضرتَ وإلا نقضتَ البيع فلا ينقض القاضي البيع من غير إعذارٍ، وفي روايةٍ لا يجيبه القاضي إلى الأعذار أيضًا، فقيل لمحمد رحمه الله تعالىٰ: كيف يصنع المشتري؟ قال: ينبغي للمشتري أن يستوثق ويأخذ منه وكيلًا ثقةً إذا خاف الغيبة حتى إذا غاب البائع يردُّ على الوكيل.

قوله: بِخِلَافِ الإِجَازَةِ لِأَنَّـهُ لَا إِلْزَامَ فِيهِ، لأنه لا يلزم الآخر بإجازته شيئًا لأنَّ العقد لازمٌ من جانب المشروط عليه الخيار.

وَلَا نَقُولُ إِنَّهُ مُسَلَّطٌ، وَكَيْفَ يُقَالُ ذٰلِكَ؟ وَصَاحِبُهُ لَا يَمْلِكُ الفَسْخَ وَلَا تَسْلِيطَ فِي غَيْرِ مَا يَمْلِكُهُ المُسَلِّطُ، وَلَوْ كَانَ فَسَخَ فِي حَالِ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ وَبَلَغَهُ فِي المُدَّةِ تَمَّ الفَسْخُ لِحُصُولِ العِلْمِ بِهِ، وَلَوْ بَلَغَهُ بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ تَمَّ العَقْدُ بِمُضِيِّ المُدَّةِ قَبْلَ الفَسْخِ.

قوله: وَكَيْفَ يُقَالُ، هو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه؟ وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملك المسلط، ولكن إنَّما يتمكن من الفسخ لأن العقد غير لازم في حقه وبفوت صفة اللزوم يتمكَّن من الفسخ بلا رضاء صاحبه ولكن لا يتمكن بلا علمه، كما في الوكالات والشركات والمضاربات، وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لأنه مسلط على التصرف من جهة الموكل فتسليطه إيَّاه على التصرف فوق علمه به، ولا يلزم ما إذا كان الخيار للبائع فأعتق المبيع أو دبَّر أو كاتب أو رهن أو وطئ أو قبَّل بشهوةٍ أو وهب أو آجر فإنه ينتقض البيع وإن لم يعلم المشتري لأنَّ ثبوت الفسخ ههنا ضمنيٌّ لا بقصد المتصرف فلا يتوقَّف على العلم، كالموكل إذا أعتق العبد الذي وكل ببيعه ينعزل الوكيل وإن لم يعلم به، بخلاف ما لو عزله قصدًا، فإن قيل: يشكل علىٰ قولهما: أنه تصرف يلاقي حق الغير وهو العقد بالرفع، مسائلُ، منها: خيار المخيرة فإنه تختار نفسها بدون علم الزوج فينفذ ذلك عليه وإن لم يرض ولم يعلم، وفيه إلزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه، ومنها: الرجعة بأنَّ الزوج ينفرد بالرجعة ويلزم حكم الرجعة على المرأة من غير علمها، ومنها: الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص، ومنها: خيار الأمة المعتقة حيث يصح اختيارها للفرقة بدون علم الزوج، ومنها: خيار المالك وهو فيما إذا باع مال غيره فإنَّ للمالك خيارًا فيه فلو ردَّ ارتد بلا علم المتعاقدين، ومنها: العدَّة فإنَّها تلزم الإنسان من جانب الغير بدون علمه؟ قلنا: أمَّا الجواب عن الأولى فإنَّ الزوج إنَّما يلزمه حكم الطلاق بإيجابه وذلك فوق رضاه وعلمه فكان بمنزلة ما يلزم الموكل بتصرف

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ وَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَىٰ وَرَثَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُورَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَازِمٌ ثَابِتٌ فِي البَيْعِ فَيَجْرِي فِيهِ الإِرْثُ كَخِيَارِ العَيْبِ وَالتَّعْيِينِ. وَلَنَا أَنَّ الخِيَارَ لَيْسَ إِلَّا مَشِيئَةً وَإِرَادَةً

الوكيل، وأمَّا عن الرجعة فإنَّ الزوج بالرجعة لا يُلزمها حكمًا جديدًا لأن الطلاق الذي تثبت به الرجعة لا يرفع النكاح فكان النكاح ثابتًا بحاله قبل الرجعة، وإنَّما تثبت البينونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة العدة، وأمَّا عن الطلاق ونحوه فإنه من الإسقاطات فلا يلزم علىٰ من أسقط عنه شيءٌ، وأما خيار الأمة المعتقة فإنَّها مسئلة لا رواية فيها، ثمَّ الجواب عنها إن سُلِّم أنَّ الخيار ثبت لها بتخيير الشرع إيَّاها فصار كما لو ثبت بتخيير الزوج لأن للشرع ولاية علينا، وأمَّا رد المالك بيع الفضولي فإنَّ العقد لا يوجد في حق المالك إلا بالإجازة لأنه ليس للعاقدين على المالك ولاية فإذا ردَّ فقد انعدم شرط الثبوت في حقه فانعدم أصلاً، وأمَّا العدة فإنَّها لا تجب بالطلاق، ألا ترىٰ أنَّها لا تجب بطلاق قبل الدخول بل الطلاق لقطع الملك إلا أنه لم يقدر على قطع الملك لحقه فيبقى الحق إلىٰ حين فكان لزوم العدَّة على المرأة في ضمن أقدار الله تعالى الزوج على قطع ملكه بالطلاق بعد الدخول فكان الاعتبار للمتضمِّن لا للمتضمَّن.

قوله: وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ، هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما، وإذا مات من عليه الخيار فالخيار باقٍ بالإجماع، ثمَّ لمَّا بطل الخيار عندنا يلزم البيع، وقال مالك رحمه الله تعالى: ينفسخ العقد.

قوله: كَخِيَارِ العَيْبِ وَالتَّعْيِينِ، أي خيار تعيين المبيع بأن يشتري أحد الثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيُّهما شاء وخيار الرؤية على أصلكم، كذا في الأسرار.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الخِيَارَ لَيْسَ إِلَّا مَشِيئَةً، أي في ردِّه، فإنَّ معنى قولنا: فلان بالخيار،

وَلَا يُتَصَوَّرُ انْتِقَالُهُ، وَالْإِرْثُ فِيمَا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ؛ لِأَنَّ المُوَرِّثَ اسْتَحَقَّ المَبِيعَ سَلِيمًا فَكَذَا الوَارِثُ، فَأَمَّا نَفْسُ الخِيَارِ لَا يُوَرَّثُ، وَأَمَّا خِيَارُ التَّعْيِينِ يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً ....

في كذا أي المشيئة إليه إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل، ومشيئته صفته لا يزايله ولا يحتمل الانتقال منه إلى الوارث وغيره، كسائر صفاته من القدرة والحياة، والإرث فيما يحتمل الانتقال إلى الوارث فأمَّا ما لا يحتمل الانتقال فلا يورث كملكه في منكوحته وأم ولده، والعقد لا ينتقل إلى الوارث لأنه إنما يورث ما كان قائمًا والعقد قولٌ قد مضىٰ وتلاشىٰ فلا يتصوَّر انتقاله إلى الوارث، وإنَّما يملك الوارث الإقالة لقيامه مقام المورث في ملكه لا في العقد، فإنَّ الملك يثبت ولاية الإقالة، ألا ترىٰ أنَّ إقالة الموكل من البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل، فإن قيل: ما ذكرتم من عدم انتقال صفة التوريث منقوضٌ بتوريث الأعيان فإنَّ المالكية في الأعيان صفة لمالك الأعيان ثم هيَ تنتقل من المورث إلى الوارث في حق الأعيان؟ قلنا: لا كذلك بل العين تنتقل أولاً إلى الوارث وفي ضمن انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداءً لا أنَّ مالكية المورث تنتقل إليه، فإن قيل: فما يمنعكم من أن تجعلوا خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه إلى الوارث؟ قلنا: ليس من لوازم البيع الخيار بل الأصل عدم الخيار فكم من بيعٍ لا خيارَ فيه فلا يلزم من انتقال المبيع إلى الوارث انتقال الخيار، وأمَّا المملوك فلا يتصوَّر بدون المالك، فإن قيل: قد ينتقل الحقُّ إرثًا من المورث إلى الوارث بدون أن ينتقل محل الحق إليه وهو العين، كما إذا مات وليُّ القصاص ينتقل حق القصاص إلىٰ وارثه؟ قلنا: لا ينتقل بل ثبت ابتداءً له لتشفي الصدور ولا يمكن أن يجعل الخيار كالقصاص لأنَّ الخيار ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقدٍ ولا شارطٍ فلا يثبت في حقه، وأمَّا تشفي الصدر فأمرٌ يشمل الكلَّ إلا أنَّ المورث لتقدُّمه على الوارث كان الاستيفآء له فإذا مات فقد

لِاخْتِلَاطِ مِلْكِهِ بِمِلْكِ الغَيْرِ لَا أَنْ يُوَرَّثَ الخِيَارُ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا وَشَرَطَ الخِيَارَ لِغَيْرِهِ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ الخِيَارَ وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ) وَأَصْلُ هٰذَا: أَنَّ اشْتِرَاطَ الخِيَارِ لِغَيْرِهِ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَفِي القِيَاسِ لَا يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّ الخِيَارَ مِنْ مَوَاجِبِ العَقْدِ وَأَحْكَامِهِ، فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُهُ لِغَيْرِهِ كَاشْتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَىٰ غَيْرِ المُشْتَرِي، وَلَنَا أَنَّ الخِيَارَ لِغَيْرِ العَاقِدِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ العَاقِدِ فَيُقَدَّرُ الخِيَارُ لَهُ اقْتِضَاءً ثُمَّ يُجْعَلُ هُوَ نَائِبًا عَنْهُ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، وَعِنْدَ ذٰلِكَ يَكُونُ

ذهب التقدم فيخلفه من كان أقْرَب إليه.

قوله: لِاخْتِلَاطِ مِلْكِهِ بِمِلْكِ الغَيْرِ، فإن قيل: الاختلاط مشتَرك فلم يكن هو أوْلى بالتعيين من البائع؟ قلنا: لأنَّ مورثه ملك أحد العبدين على وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك، بخلاف البائع إذ ملكه في أحدهما لا يكون بِهذه الصفة.

قوله: لِأَنَّ الخِيَارَ مِنْ مَوَاجِبِ العَقْدِ وَأَحْكَامِهِ، أي لو شرط في العقد يصير حقًّا من حقوق العقد وواجبًا من مواجبه.

قوله: فَيُقَدَّرُ الخِيَارُ لَهُ اقْتِضَاءً، كقوله: أعتق عبدك عنِّي على ألف درهم، فأعتق فإنَّ الآمر يصير مشتريًا منه أوَّلًا موكلاً إيَّاه بالعتق عندنا تصحيحًا للأمر، وزفر رحمه الله تعالىٰ لا يقول بالاقتضاء، فهذه فرع تلك المسئلة المذكورة في الهداية، فإن قيل: إن شرط الثمن على الأجنبيِّ وجب أن يصح بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أوَّلًا ثمَّ على الأجنبيِّ بطريق الكفالة؟ قلنا: هذا لا يصح لأنَّ الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل

لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الخِيَارُ، فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ (وَلَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَفَسَخَ الآخَرُ يُعْتَبَرُ السَّابِقُ) لِوُجُودِهِ فِي زَمَانٍ لَا يُزَاحِمُهُ فِيهِ غَيْرُهُ، وَلَوْ خَرَجَ الكَلَامَانِ مِنْهُمَا مَعًا يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ العَاقِدِ فِي رِوَايَةٍ وَتَصَرُّفُ الفَاسِخِ فِي أُخْرىٰ. وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِدِ أَقْوَىٰ؛ لِأَنَّ النَّائِبَ يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنْهُ، وَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الفَسْخَ أَقْوَىٰ؛ لِأَنَّ المَجَازَ

هو في ذمة الأصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور هنا أنَّ الثمن على الأجنبيِّ وثبوت المقتضىٰ لتصحيح المقتضي والكفالة لو صحَّت بطريق الاقتضاء لكان مبطلًا للمقتضي فعاد علىٰ موضوعه بالنقض، فان قيل: من شرط صحة المقتضىٰ أن يكون هو أحطُّ رتبةً وأدْوَنُ منزلةً من المقتضي الذي هو المذكور، وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعبد الحانث في يمينه في قول المولىٰ له: كفِّر يمينك بالمال، وإن كانت صحة التكفير مقتضيةً للحرية سابقًا على التكفير بالمال إذ لا يصح هو بدون الحرية لِمَا أن الحرية أصل وأقوىٰ منزلةً من تصرف التكفير فلم يثبت الحرية لذلك بطريق الاقتضاء؟ قلنا: نعم كذلك إلا أنَّ الأصالة قد تثبت لغير العاقد هٰهنا بوجهٍ آخر فلذلك جاز أن يثبت خيار العاقد اقتضاءً، وذلك أنَّ شرط الخيار من قبيل الألفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد أصل في حق اللفظ لأنه أثبت له الخيار باللفظ قصدًا، وأمَّا الحرية فليست من خواص اللفظ إذ الحرية تثبت في شراء القريب وإرثه بدون اللفظ فكانت الحرية جالبةً عن جهة التبعية فلا تثبت في ضمن ما هو تبعٌ لها وهو التكفير، وأمَّا هٰهنا فالعاقد تبعٌ لغير العاقد في اشتراط الخيار في حقِّ اللفظ فيثبت بطريق الاقتضاء.

قوله: يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ العَاقِدِ فِي رِوَايَةٍ، في بيوع الأصل: تصرُّف المالك أوْلىٰ نقضًا كان أو إجازةً، وتصرُّف الفسخ في رواية المأذون.

يَلْحَقُهُ الفَسْخُ وَالْمَفْسُوخُ لَا تَلْحَقُهُ الإِجَازَةُ، وَلَمَّا مَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَّحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ، وَقِيلَ الأَوَّلُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ، وَاسْتِخْرَاجُ ذٰلِكَ مِمَّا إِذَا بَاعَ الوَكِيلُ مِنْ رَجُلٍ وَالْمُوَكِّلُ مِنْ غَيْرِهِ مَعًا؛ فَمُحَمَّدٌ يَعْتَبِرُ فِيهِ تَصَرُّفَ المُوَكِّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ يَعْتَبِرُهُمَا.

قوله: وَالْمَفْسُوخُ لَا تَلْحَقُهُ الإِجَازَةُ، فإن قيل: المفسوخ يلحقه الإجازة، ألا ترىٰ أنَّ الخيار إذا كان للبائع أو للمشتري فالتقيا فناقضا البيع ثمَّ هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع بحكم الإقالة فعلى المشتري الثمن إن كان الخيار له والقيمة إن كان الخيار للبائع لأنَّ تمام الفسخ بالتسليم إلى البائع، ثم قال شمس الأئمة رحمه الله تعالى في المبسوط: وهذا لأنَّ الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه حتَّىٰ لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلىٰ إعادة العقد بينهما جاز، وفسخ الفسخ ليس هو إلا إجازة البيع في المفسوخ؟ قلنا: هذا لا يلزم، لأنا قلنا: الإجازة لا ترد على المنتقض، ولا إجازة فيما ذكرتم، كذا في الفوائد الظهيرية، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: والصحيح ما ذكر في المأذون لأن النقض أقوىٰ من الإجازة فإن النقض يرد على الإجازة والإجازة لا ترد على النقض والأدنىٰ لا يعارض الأقوىٰ، كنكاح الحرَّة مع الأمة إذا اجتمعا يصح نكاح الحرة لأنَّ نكاح الحرة يرد على نكاح الأمة ونكاح الأمة لا يرد على نكاح الحرة، فإن قيل: الإجازة توجب الحرمة على البائع فكان أوْلىٰ، قيل: الإجازة تأثيرها في إثبات الحل والفسخ تأثيره في إبقاء الحلِّ فكان الإبقاء أوْلىٰ، ولأنَّ الإبقاء مع الشكِّ أحق من الإثبات مع الشكِّ لأن الشيء يبقىٰ مع الشك ولا يثبت مع الشك، فكان اعتبار الفسخ أوْلىٰ.

قوله: وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَعْتَبِرُهُمَا، ويجعل العبد بينهما نصفين ويخيِّر كل واحد منهما إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء نقض البيع لتفرُّق الصفقة، ولمَّا لم يرجح تصرف المالك علىٰ تصرف الوكيل والفسخُ راجحٌ على الإجازة عُلِمَ أنَّ الفسخ

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، وَإِنْ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ جَازَ الْبَيْعُ) وَالْمَسْأَلَةُ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا: أَنْ لَا يُفَصِّلَ الثَّمَنَ وَلَا يُعَيِّنَ الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ وَهُوَ الوَجْهُ الأَوَّلُ فِي الكِتَابِ وَفَسَادُهُ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ كَالْخَارِجِ عَنِ العَقْدِ، إِذِ العَقْدُ مَعَ الخِيَارِ لَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الحُكْمِ فَبَقِيَ الدَّاخِلُ فِيهِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يُفَصِّلَ الثَّمَنَ وَيُعَيِّنَ الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ وَهُوَ المَذْكُورُ ثَانِيًا فِي الكِتَابِ، وَإِنَّمَا جَازَ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ وَالثَّمَنَ مَعْلُومٌ، وَقَبُولُ العَقْدِ فِي الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ - وَإِنْ كَانَ شَرْطًا لِانْعِقَادِ العَقْدِ فِي الآخَرِ - وَلَٰكِنَّ هَٰذَا غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْعَقْدِ لِكَوْنِهِ

أَوْلَىٰ عنده من الإجازة.

قوله: وَقَبُولُ العَقْدِ فِي الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ، جواب شبهة وهو أن يقال: ينبغي أن يفسد العقد في هذه الصورة أيضًا لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد، لأنَّ العبد الذي فيه الخيار غير داخل في العقد حكمـًا وقبول كل واحد منهما شرط لصحة الآخر فكان بمنزلة من جمع بين قنٍّ وحر وباعهما وأنه لا يجوز، أوباع ثوبين علىٰ أنَّهما هرويان فإذا أحدهما مروي فقال ليس هذا كذلك، فإنَّ الحر والمروي غير داخل في العقد لا انعقادًا ولا حكمًا لأنه ليس بمحل للبيع أصلاً، فلذلك كان قبول العقد فيه شرطًا مفسدًا للعقد في القنِّ، وأما ههنا الذي فيه الخيار محل للبيع فكان داخلاً تحت البيع في حقِّ الانعقاد وإن لم يكن داخلاً في الحكم فكان نظير من جمع بين قنٍّ ومدبَّر وباعهما بألفٍ صحَّ البيع في القنِّ

مَحَلًّا لِلْبَيْعِ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ قِنٍّ وَمُدَبَّرٍ، وَالثَّالِثُ: أَنْ يُفَصِّلَ وَلَا يُعَيِّنَ. وَالرَّابِعُ: أَنْ يُعَيِّنَ وَلَا يُفَصِّلَ، وَالْعَقْدُ فَاسِدٌ فِي الوَجْهَيْنِ: إِمَّا لِجَهَالَةِ المَبِيعِ أَوْ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبَيْنِ عَلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهمَا شَاءَ بِعَشْرَةٍ وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَهُوَ جَائِزٌ، وَكَذَا الثَّلَاثَةُ، فَإِنْ كَانَتْ أَرْبَعَةَ أَثْوَابٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ)

بحصته من الثمن وإن تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع في المدبر لأن المدبَّر داخلٌ تحت البيع، ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قبوله شرطًا صحيحًا، كذا هنا.

قوله: وَالثَّالِثُ: أَنْ يُفَصِّلَ وَلَا يُعَيِّنَ، أي يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار بأن قال: بعتُ منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمس مائة علىٰ أنّي بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام، وهو فاسد لجهالة المبيع لأنَّ من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده وهو مجهولٌ فصار المبيع مجهولاً، وَالرَّابِعُ: أَنْ يُعَيِّنَ، الذي فيه الخيار، وَلَا يُفَصِّلَ، ثمن كل واحد منهما فقال: بعتُ منكَ هذين العبدين بألفٍ على أنّي بالخيار في هذا بعينه ثلاثة أيام وهو فاسدٌ لجهالة الثمن، لأن من فيه الخيار غير داخلٌ في الحكم فبقي الآخر وحده وثمنه مجهولٌ لأنه ثبتَ بطريق الحصة بالتقسيم، فصار كالذي لم يدخل تحت العقد أصلاً، فإن قيل: أليسَ أنه لو اشترىٰ عبدين بألف فإذا أحدهما مدبر أو مكاتب فإنَّ العقد ينعقد صحيحًا في القنِّ وإن كان الانعقاد في حق القنِّ بالحصة؟ قلنا: قال بعض مشايخنا: علىٰ قياس ما ذكر ههنا لا يصحُّ العقد في القنِّ في تلك المسئلة فصار ما ذكر ههنا روايةً في تلك المسئلة، وبعضهم فرَّقوا ووجه أنَّ الخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم ويجعل العقد كالمعدوم في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار، فلو انعقد العقد في حقِّ الآخر ينعقد بحصته ابتداءً وذا لا يجوز، وفي المدبر والمكاتب البيع ينعقد في حقِّ الحكم إذ لم يوجد في حقهما

وَالْقِيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ البَيْعُ فِي الكُلِّ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ شَرْعَ الخِيَارِ لِلْحَاجَةِ إِلَىٰ دَفْعِ الغَبْنِ لِيَخْتَارَ مَا هُوَ الأَرْفَقُ وَالْأَوْفَقُ، وَالْحَاجَةُ إِلَىٰ هٰذَا النَّوْعِ مِنَ البَيْعِ مُتَحَقِّقَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارِ مَنْ يَثِقُ بِهِ أَوِ اخْتِيَارِ مَنْ يَشْتَرِيهِ لِأَجْلِهِ، وَلَا يُمَكِّنُهُ

ما يمنع انعقاد العقد، ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعهما يجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانةً لحقِّهما والصيانة تحصل بمجرَّد منع الحكم فلا ضرورةَ إلىٰ جعل العقد غير منعقد في حق الحكم، وإذا انعقد العقد في حقهما في حق الحكم كما انعقد في حق القنِّ كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما وذا لا يمنع الجواز، كما لو باع عبدين وهلك أحدهما قبل التسليم فإنَّ العقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن.

قوله: وَالْقِيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ البَيْعُ فِي الكُلِّ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ، كما لو قال: بعتُ منك أحد هذين الثوبين، ولم يذكر الخيار، وكما لو كانت الثياب أربعة وذكر الخيار أو لم يذكر، فإنَّ المبيع أحد الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع صحة العقد، ألا ترىٰ أنه لو لم يسمِّ لكل ثوب ثمنه كان العقد فاسدًا لجهالة المبيع، وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسدًا لجهالة المبيع، فكذلك إذا شرط الخيار لأنَّ شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله، وجه الاستحسان أنَّ هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه شرط الخيار لنفسه وهو بحكم خياره يستبدُّ بالتعيين فالجهالة لا تفضي إلى المنازعة فلا تمنع صحة العقد، كما لو اشترىٰ قفيزًا من الصبرة، بخلاف ما إذا لم يشتَرط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضي إلى المنازعة، وبخلاف ما إذا لم يسمِّ ثمن كل ثوبٍ لأنَّ هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهولٌ، وإنَّما فسد العقد بجهالة الثمن والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحقِّقة لأنَّ الإنسان قد يشتري شيئًا لعياله ولا يعجبه استصحاب العيال مع نفسه إلى السوق والبائع لا تسمح مروءته بالدفع إليه إلا أن يبتاعه، والذي يعجب عياله من هذا النوع

البَائِعُ مِنَ الحَمْلِ إِلَيْهِ إِلَّا بِالْبَيْعِ فَكَانَ فِي مَعْنَىٰ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، غَيْرَ أَنَّ هٰذِهِ الحَاجَةُ تَنْدَفِعُ بِالثَّلَاثِ لِوُجُودِ الجَيِّدِ وَالْوَسَطِ وَالرَّدِيءِ فِيهَا، وَالْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ فِي الثَّلَاثَةِ لِتَعْيِينِ مَنْ لَهُ الخِيَارُ، وَكَذَا فِي الأَرْبَعِ، إِلَّا أَنَّ الحَاجَةَ إِلَيْهَا غَيْرُ مُتَحَقِّقَةٍ وَالرُّخْصَةُ ثُبُوتُهَا بِالْحَاجَةِ وَكَوْنُ الجَهَالَةِ غَيْرَ مُفْضِيَةٍ إِلَى المُنَازَعَةِ فَلَا تَثْبُتُ بِأَحَدِهِمَا. ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي هٰذَا العَقْدِ خِيَارُ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ، وَهُوَ

لا يدري ما هو فتمسّ الحاجة إلى البيع على هذا الوجه.

قوله: فَكَانَ فِي مَعْنَىٰ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، وهو شرط الخيار ثلاثة أيام.

قوله: وَالرُّخْصَةُ ثُبُوتُهَا بِالْحَاجَةِ، أي والرخصة إنَّما تثبت شرعًا بوصفين وهما الحاجة، وَكَوْنُ الجَهَالَةِ غَيْرَ مُفْضِيَةٍ إِلَى المُنَازَعَةِ فَلَا تَثْبُتُ بِأَحَدِهِمَا.

قوله: ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي هٰذَا العَقْدِ خِيَارُ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في الجامع الصغير: وهو الصحيح، وقيل لا يشترط، قال فخر الإسلام رحمه الله تعالى في الجامع الصغير: والصحيح عندنا أنه ليس بشرطٍ، وذكر في الفوائد الظهيرية: فعلىٰ قول هذا القائل إذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يردهما، وعلىٰ قول الكرخي رحمه الله تعالى له أن يردهما لأنَّ عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط، وقال أكثر المشايخ: لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتًا معلومًا ثلاثة أيام فما دونَها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وزيادةً علىٰ ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، لأنَّ القياس يأبىٰ جواز هذا العقد بجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد، وإنَّما جاز استحسانًا بطريق الإلحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصحُّ بدونه، فإن شرط ذلك يثبت له خيار الشرط مع خيار

الْمَذْكُورُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ، فَيَكُونُ ذِكْرُهُ عَلَىٰ هٰذَا الِاعْتِبَارِ وِفَاقًا لَا شَرْطًا؛ وَإِذَا لَمْ يَذْكُرْ خِيَارَ الشَّرْطِ لَا بُدَّ مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلَاثِ عِنْدَهُ وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّتُهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا، ثُمَّ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: اشْتَرَىٰ ثَوْبَيْنِ،

التعيين، فإن ردَّهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة أو ردَّ أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك، وإذا مضت الأيّام الثلاثة يبطل خيار الشرط فلا يملك ردُّهما ويبقىٰ له خيار التعيين فيردُّ أحدهما، وإن مات المشتري في الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين فلا يردهما الوارث، وله أن يرد أحدهما، وذكر في الذخيرة: هذا إذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشتري، فإن حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع بأن قال البائع: بعتُكَ أحد هذين الثوبين علىٰ أنّي بالخيار أُعيِّن البيع في أحدهما دون الآخر، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسئلة لا في بيوع الأصل ولا في الجامع الصغير، وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره: أنه يجوز استحساناً. قالوا: وإليه أشار في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع، قياسًا على خيار الشرط، وذكر في المجرَّد: أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنَّما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء له، وهذا المعنى لا يتأتّى في جانب البائع لأنه لا حاجة إلى اختيار الأرفق لأن المبيع كان معه قبل البيع فيردُّ جانب البائع إلىٰ ما يقتضيه القياس.

قوله: وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّتُهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا، أي زائدةً على الثلاثة، فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه أخذ بالقياس في قوله: إن لم ينقد الثمن إلىٰ أربعة أيام، فلا بيع بينهما؟ قلنا: قوله: إن لم ينقد الثمن إلىٰ أربعة أيام، تعليقٌ فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الأثر الوارد في خيار الشرط واردًا فيه، وأمَّا خيار التعيين من جنس خيار الشرط لأنَّ في كل منهما خيارًا بغير حرف

وَفِي بَعْضِهَا: اشْتَرَىٰ أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ فِي الحَقِيقَةِ أَحَدُهُمَا وَالآخَرُ أَمَانَةٌ، وَالْأَوَّلُ تَجَوُّزٌ وَاسْتِعَارَةٌ.

وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لَزِمَهُ البَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الآخَرُ لِلْأَمَانَةِ لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِالتَّعَيُّبِ، وَلَوْ هَلَكَا جَمِيعًا مَعًا يَلْزَمُهُ نِصْفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ

التعليق فكان الأثر الوارد في خيار الشرط واردًا في خيار التعيين.

قوله: وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لَزِمَهُ البَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الآخَرُ لِلْأَمَانَةِ لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِالتَّعَيُّبِ، فإن قيل: إذا طلق إحدىٰ امرأتيه ثم ماتت إحداهما فتعينت الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا يتعين الهالك للبيع؟ قلنا: قال القمي رحمه الله تعالى: لا فرق بين المسئلتين في الحاصل، لأنَّ في الفصلين ما يهلك يهلك علىٰ ملكه، أمَّا العبد فلأنه يهلك علىٰ ملكه حيث يتعيَّن الباقي للرد، وفي الطلاق كذلك تُهلك الهالكة علىٰ ملكه حتى تتعين الباقية للطلاق فكان الطلاق هناكَ بمنزلة الردِّ هنا، إلا أنَّ الصحيح أنَّ بينهما فرقًا وهو أنَّ العبد لَمَّا أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلًّا للردِّ لأنه عجز عن ردِّ ما اشترىٰ كما اشترى فتعيَّن العقد فيه وتعيَّن الباقي للردِّ ضرورة، وأمَّا في الطلاق فإنَّ المرأة حين أشرفت على الهلاك لا تبقىٰ محلًّا لوقوع الطلاق، فلو وقع الطلاق عليها إنَّما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعيَّن الباقية للطلاق، وهذا بخلاف ما إذا اشترىٰ كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما عنده فإنه لا يرد الباقي لأنَّ العقد تناولهما جميعًا، ألا ترىٰ أنه يملك إتمام العقد فيهما فبعد ما تعذَّر عليه ردُّ أحدهما لا يتمكَّن من ردِّ الآخر لِمَا فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وههنا العقد تناول أحدهما، ألا يرى أنه لا يملك إتمام العقد فيهما فبعد ما هلك أحدهما أو تعيَّب كان له ردُّ الباقي.

قوله: وَلَوْ هَلَكَا جَمِيعًا مَعًا، إلخ، وإنَّما قيَّد بقوله: معـًا، لما ذكرنا أنَّهما لو هلكا

مِنْهُمَا لِشُيُوعِ البَيْعِ وَالْأَمَانَةِ فِيهِمَا، وَلَوْ كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا جَمِيعًا، وَلَوْ مَاتَ مَنْ لَهُ الخِيَارُ فَلِوَارِثِهِ أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا؛ لِأَنَّ البَاقِيَ خِيَارُ التَّعْيِينِ لِلِاخْتِلَاطِ، وَلِهٰذَا لَا يَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الوَارِثِ، وَأَمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ لَا يُورَثُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فَبِيعَتْ دَارٌ أُخْرَىٰ بِجَنْبِهَا فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ رِضًا) ؛ لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِهِ المِلْكَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ مَا ثَبَتَ إِلَّا لِدَفْعِ ضَرَرِ الجِوَارِ وَذٰلِكَ بِالِاسْتِدَامَةِ فَيَتَضَمَّنُ ذٰلِكَ سُقُوطَ الخِيَارِ سَابِقًا عَلَيْهِ فَيَثْبُتُ المِلْكُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ الجِوَارَ كَانَ ثَابِتًا، وَهٰذَا التَّقْرِيرُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - خَاصَّةً.

على التعاقب تعيَّن الأول للبيع فيجب تمام ثمنه وتعيَّن الباقي للأمانة فلا يجب من ثمنه شيءٌ، وأمَّا لو هلكا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما متفقًا كان الثمن أو مختلفًا لأنَّ كل واحد منهما ليس بأوْلىٰ من الآخر بكونه مبيعًا، وكذلك لو هلكا على التعاقب ولا يدري السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما وإن تعيَّبَا معًا يرد أيُّهما شاءَ.

قوله: فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ الجِوَارَ كَانَ ثَابِتًا، فإن قيل: لو كان هذا بطريق الاستناد لصحَّ الأخذ بالشفعة للمشتري إذا كان الخيار للبائع؟ قلنا: المشتري بشرط الخيار له ولاية إثبات الملك بإجازة البيع ولا يتوقَّف على فعل غيره، ولا كذلك إذا كان الخيار للبائع، واعتبره بالإعتاق فإنه ينفذ من المشتري إذا كان الخيار له، وإذا كان للبائع لا ينفذ إعتاق المشتري وإن أجاز البيع، وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: أمَّا وجوب الشفعة للمشتري

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَىٰ الرَّجُلَانِ عَبْدًا عَلَىٰ أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ خِيَارُ العَيْبِ وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ، لَهُمَا أَنَّ إِثْبَاتَ الخِيَارِ لَهُمَا إِثْبَاتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ صَاحِبِهِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ. وَلَهُ أَنَّ المَبِيعَ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ غَيْرَ مَعِيبٍ بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ، فَلَوْ رَدَّهُ أَحَدُهُمَا رَدَّهُ مَعِيبًا بِهِ وَفِيهِ إِلْزَامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ إِثْبَاتِ

فواضحٌ علىٰ مذهبهما لأنه مالك للدار المبيعة، وأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فلأنه صار أحقَّ بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بِها، كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما فإنَّهما يستحقان الشفعة فيها وإن لم يملكا دارهما، وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصر أحقَّ بالتصرف فيها، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: اشترىٰ دارًا لم يرها ثم بيعت دار بجنبها فطلب شفعتها لم يبطل خياره، وهو المختار من الرواية، بخلاف خيار الشرط لأنَّ دليل الرضاء معتبر بصريح الرضا، ولو قال: رضيتُ، يبطل به خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية، كذا هنا، وكذا يبطل خيار العيب بأخذ الشفعة.

قوله: وَعَلَى هٰذَا الخِلَافِ خِيَارُ العَيْبِ، يعني اشترى الرجلان عبدًا ورضيَ أحدهما بعيبٍ فيه، وكذلك خيار الرؤية بأن اشتريا شيئًا لم يرياه ثمَّ رأياه فأراد أحدهما أن يرد ليس له ذلك عنده، وعندهما له ذلك.

قوله: فَلَوْ رَدَّهُ أَحَدُهُمَا رَدَّهُ مَعِيبًا بِهِ، لأنَّ الشركة في الأعيان المجتمعة عيبٌ وذلك لأنَّ البائع بتقدير الردِّ لا يتمكَّن من الانتفاع به إلا بطريق التهايئ، وكان قبل البيع متمكنـًا من الانتفاع متىٰ شاء، فإن قيل: البائع رضي بالتبعيض لما باعه منهما؟ قلنا: إنَّما رضي في

الخِيَارِ لَهُمَا الرِّضَا بِرَدِّ أَحَدِهِمَا لِتَصَوُّرِ اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الرَّدِّ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَىٰ أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ وَكَانَ بِخِلَافِهِ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) ؛ لِأَنَّ هٰذَا وَصْفٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ فَيُسْتَحَقُّ فِي العَقْدِ بِالشَّرْطِ، ثُمَّ فَوَاتُهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ؛

ملكهما لا في ملك نفسه، ولا يقال: إنَّ هذا العيب حدثَ في يد البائع لأنَّ تفرق الملك ثبت بالعقد قبل القبض؟ لأنا نقول: إنه وإن حدث في ملك البائع لكن إنَّما حدث بفعل المشتري والمشتري إذا عيَّب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له أن يرده بحكم خياره، إلا أنَّ هذا العيب بعرض الزوال بأن يساعده الآخر على الردِّ، فإذا انعدم ذلك ظهر عمله في المنع من الردِّ، ولا معنى لما قالا: إنَّ في امتناع الرد ضررًا على الرادِّ، لأن هذا ضررٌ يلحقه بعجزه عن اتحاد شرط الردِّ لا بتصرف من الغير.

قوله: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَىٰ أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ، فإن قيل: مثل هذا الشرط مفسدٌ للبيع كما لو باع شاة علىٰ أنَّها حاملٌ أو باعها على أنَّها تحلب كذا، فإنَّ البيع فيه وفي أمثاله فاسد مع أنه وصفٌ مرغوبٌ فيه، قلنا: الفرق بينهما ظاهر لأنَّ الحبل في البهائم زيادة وهي زيادة مجهولة لا يدرىٰ أنَّ انتفاخ بطنها من ريح أو ولد، وأنَّ الولد حيٌّ أو ميت، والمجهول إذا ضمَّ إلى المعلوم يصير الكل مجهولاً، وكذلك إن شرط أنَّها تحلب كذا فالبيع فاسد لأنه لا يدرىٰ لعلَّ الشرط باطلٌ، يعني أنَّ اشتراط مقدار من المبيع الذي ليس في وسع البائع تحصيله ولا طريقَ له إلىٰ معرفته كان شرطـًا مفسدًا للعقد، حتَّىٰ لو اشترط أنَّها حلوب أو لبون ذكر الطحاوي رحمه الله تعالى أن هذا الشرط لا يفسد به العقد، لِمَا أن هذا الشرط وصف مرغوب فيه، وكذلك قوله: عَلَىٰ أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ، من قبيل بيان الوصف لا من قبيل بيان الشرط، لأن هذا وصفٌ مرغوبٌ فيه ولمعرفته سبيل للبائع، كما إذا اشترى فرسـًا

لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهِ دُونَهُ، وَهٰذَا يَرْجِعُ إِلَى اخْتِلَافِ النَّوْعِ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ فِي الأَغْرَاضِ، فَلَا يَفْسُدُ العَقْدُ بِعَدَمِهِ بِمَنْزِلَةِ وَصْفِ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ فِي الحَيَوَانَاتِ وَصَارَ كَفَوَاتِ وَصْفِ السَّلَامَةِ، وَإِذَا أَخَذَهُ أَخَذَهُ

على أنه هملاج، أو كلبًا على أنه صائد فإنه يجوز، كذا ههنا.

وحاصله أنَّ هذا الوصف لمَّا كان وصفاً مرغوباً فيه ولمعرفته سبيل بأن يأمره بالخبز والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع بأنه على هذا الوصف المرغوب لا على وجه الشرط فكان ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير لو كان شرطاً ممَّا يقتضيه العقد لأنَّ العقد يقتضي أن يكون المبيع والثمن معلوماً بماله من الأوصاف، وذكر الشرط إذا كان ممَّا يقتضيه العقد لا يفسد البيع على ما يأتِي تفصيل الشروط التي تفسد العقد والتي لا تفسد في باب البيع الفاسد إن شاء الله تعالىٰ، ثمَّ المستحق في هذا العقد بِهذا الشرط أدنىٰ ما يطلق عليه اسم الكاتب والخبَّاز فإن وجده لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتبًا أو خبازًا كان للمشتري الردَّ، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن لأنه فات عليه شرطٌ مرغوبٌ فيه فيقوم العبد كاتبًا أو خبازًا عن أدنىٰ ما يطلق عليه الاسم إذ هو المستحق بالشرط ويقوم غير كاتب أو خباز، فينظر إلىٰ تفاوت ما بين ذلك فرجع بقدره، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ: أنه ليس للمشتري أن يرجع على البائع ههنا بشيءٍ لأن ثبوت الخيار للمشتري إنَّما كان بالشرط لا بالعقد وتعذُّر الرد فى خيار الشرط لا يوجب الرجوع للمشتري على البائع بشيءٍ، ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصحُّ، وإذا اشترىٰ جارية من غير شرطٍ طبخ ولا خبز وهي تحسن ذلك فنسيت في يد البائع ردَّها لأن الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالاستحقاق بحكم الشرط.

قوله: بِمَنْزِلَةِ وَصْفِ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ فِي الحَيَوَانَاتِ، مثل الفرس، والبقر، والغنم،

بِجَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لِكَوْنِهَا تَابِعَةً فِي العَقْدِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

بخلاف الأنوثة والذكورة في بني آدم فإنَّها تورث فيهم اختلاف الجنس لفحش التفاوت، والله تعالى أعلم.

* * *

بَابُ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَهُ الخِيَارُ إِذَا رَآهُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ) بِجَمِيعِ الثَّمَنِ (وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ العَقْدُ أَصْلًا؛ لِأَنَّ المَبِيعَ مَجْهُولٌ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الخِيَارُ إِذَا رَآهُ» ؛ وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ بِعَدَمِ الرُّؤْيَةِ لَا

باب خيار الرؤية

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، إذا اشترى الرجل زيتًا في زقٍّ، أو بُرًّا في جوالِقٍ، أو دُرَّةً في حقة، أو ثوبًا في كُمٍّ، واتفقا علىٰ أنه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئًا من ذلك صحَّ البيع عندنا، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء ردَّهُ، قال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يصح العقد لأنه اشترى شيئًا مجهولاً، فصار كما لو باع عبدًا من عبيده، وهذا لأن المقصود من شراء العين ماليته، ولهذا لا يرد على ما ليس بمالٍ والمالية في الأوصاف، ولهذا تزداد وتنقص بِها وهي مجهولة لأنَّها تعرف بالرؤية، فصارت كجهالة العين وهي مفسدة، فكذا جهالة الوصف، ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية، فلا نزيد قيد الرؤية عليها لأنَّها كالنسخ، وفي المشاهير أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من اشترىٰ شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»، حقَّق الشراء وبنىٰ عليه حكمًا وهو الخيار، ولأنَّ المبيع معلوم العين مقدور التسليم فصحَّ بيعه كالمرئي، وهذا لأنَّ الخلاف في أمةٍ قائمةٍ بين أيديهما منتقبة، ولا شكَّ أن عينها معلومة بالإشارة إليها لأنَّها أبلغ أسباب التعريف، وكذا إذا أشار إلىٰ مكانِها

تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُوَافِقْهُ يَرُدُّهُ، فَصَارَ كَجَهَالَةِ الوَصْفِ فِي الْمُعَايِنِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ. (وَكَذَا إِذَا قَالَ رَضِيتُ ثُمَّ رَآهُ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ) لِأَنَّ الخِيَارَ مُعَلَّقٌ بِالرُّؤْيَةِ لِمَا رَوَيْنَا فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَهَا، وَحَقُّ الفَسْخِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ لَا بِمُقْتَضَى الحَدِيثِ، وَلِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ قَبْلَ العِلْمِ بِأَوْصَافِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ رَضِيتُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ بِخِلَافِ قَوْلِهِ رَدَدْتُ.

وليس في ذلك المكان مسمًّى بذلك الاسم غيرها، فأمَّا كونُها أمته ومملوكته فإنَّما يعرف بإخبار البائع إيَّاه لأنَّها وإن رفعت النقاب لا يعلم ذلك إلا بقول البائع وقد أخبر به، وإنَّما بقي بعدم رؤية وجهها الجهل ببعض صفات الوجه، وهو أولىٰ من فوات بعض الأوصاف كالسمع والبصر وغيرهما، وذا لا يمنع الجواز وإن كان يمنع لزوم العقد، فكذا هذا.

قوله: فَصَارَ كَجَهَالَةِ الوَصْفِ فِي الْمُعَايِنِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ، بأن اشترىٰ ثوبًا ولم يعلم عدد ذرعانه، وخيار الرؤية إنَّما يثبت في كل عقد ينفسخ بالردِّ، كالإجارة، والصلح عن دعوى مال، والقسمة، والشراء، وما أشبه ذلك من العقود التي تنفسخ بردِّه، ولا يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا ينفسخ بردِّه، كالمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن القصاص، وما أشبه ذلك من العقود التي يكون المردود مضمونًا بنفسه لا بما يقابله، لأن الردَّ في هذه المواضع لا يفيد، لأنه بالرد لا يرتفع العقد، وقيام العقد يوجب مطالبة العين، فإذا قبضه يرده أيضًا فيؤدي إلى ما لا يتناهىٰ.

قوله: وَحَقُّ الفَسْخِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ، جواب سؤال بأن يقال: لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لَمَا كان له حق الفسخ قبل الرؤية، وله أن يفسخ العقد قبلها؟ فقال: حقُّ الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا بمقتضى الحديث، وهذا لأنَّ صحة الفسخ تعتمد عدم لزوم العقد، والعقد هنا قبل الرؤية غير لازمٌ لتمكن الخلل في الرضا إذ هو عبارة

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ: أَوَّلًا لَهُ الخِيَارُ اعْتِبَارًا بِخِيَارِ العَيْبِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ وَهٰذَا؛ لِأَنَّ لُزُومَ العَقْدِ بِتَمَامِ الرِّضَا زَوَالًا وَثُبُوتًا وَلَا يَتَحَقَّقُ ذٰلِكَ إِلَّا بِالْعِلْمِ بِأَوْصَافِ المَبِيعِ، وَذٰلِكَ بِالرُّؤْيَةِ فَلَمْ يَكُنِ البَائِعُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ. وَوَجْهُ القَوْلِ المَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالشِّرَاءِ لِمَا رَوَيْنَا فَلَا يَثْبُتُ دُونَهُ. وَرُوِيَ

عن الاستحسان، واستحسان الشيء مع الجهل بأوْصافه لا يتحقّق، واللزوم يعتمد تمام الرضا وتمامه بالعلم بأوْصَاف هي مقصودة وإنما تصير معلومة بالرؤية، فلذا لا يعتبر قوله: رضيتُ، قبل الرؤية، ولأنه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية للزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية، والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فما أدّى إلىٰ إبطاله يكون باطلًا، وهذا لأنه حينئذٍ يوجد رؤية المعقود عليه خاليًا عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤيته، بخلاف الفسخ قبل الرؤية لأن بالفسخ يخرج العين عن أن تكون معقودًا عليها فلا يوجد بعده رؤية المعقود عليه خاليًا عن الخيار، والرضا بالعيب قبل رؤيته إنّما يصح لأنَّ سببه هو العيب وكون المبيع معيبًا سابقٌ على الرضا فاعتبر بوجود سبب الخيار الذي هو العيب وهنا السبب الرؤية فلا يثبت الخيار قبلها.

قوله: اعْتِبَارًا بِخِيَارِ العَيْبِ، بأن وجد البائع الثمن زيفًا كان له الخيار إن شاء يجوز وإن شاء يرد، ولا ينفسخ العقد إلا في المقايضة.

قوله: زَوَالًا، أي في جانب البائع، وَثُبُوتًا، أي في جانب المشتري، حتى لا يزول ملك البائع إلا برضاه، ولا يثبت الملك للمشتري إلا برضاه.

قوله: وَلَا يَتَحَقَّقُ ذٰلِكَ، أي تمام الرضا.

قوله: أَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالشِّرَاءِ ... فَلَا يَثْبُتُ دُونَهُ، لأنَّ الخيار إن ثبت للبائع فإمَّا أن يثبت

أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ بَاعَ أَرْضًا لَهُ بِالْبَصْرَةِ مِنْ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللهِ فَقِيلَ لِطَلْحَةَ: إِنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الخِيَارُ؛ لِأَنِّي اشْتَرَيْتُ مَا لَمْ أَرَهُ، وَقِيلَ لِعُثْمَانَ: إِنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الخِيَارُ؛ لِأَنِّي بِعْتُ مَا لَمْ أَرَهُ، فَحَكَّمَا بَيْنَهُمَا جُبَيْرَ بْنَ مُطْعِمٍ، فَقَضَىٰ بِالْخِيَارِ لِطَلْحَةَ، وَكَانَ ذٰلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، ثُمَّ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ غَيْرُ مُؤَقَّتٍ بَلْ يَبْقَىٰ إِلَىٰ أَنْ يُوجَدَ مَا يُبْطِلُهُ، وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعَيُّبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ

بما روينا، أو بدلالته، أو بحديثٍ آخر، لا يجوز الأول لأنه معلق بالشراء فكيف يثبت في البيع؟ ولم يُروَ حديث آخر في البيع، وهو ليس في معنى الشراء ليثبت الحكم فيه دلالةً، ولأن المشتري ظنَّه خيرًا بما اشترىٰ فردَّه بفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو ردَّه لردَّه باعتبار أنَّ المبيع أزيد ممَّا ظنه، فصار كما لو باع عبدًا علىٰ أنه معيب فإذا هو سليم فإنه لا يثبت للبائع خيارٌ.

قوله: وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعَيُّبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ، والأصل فيما يبطل خيار الشرط أنَّ كل فعل باشر المشتري في المشترى بشرط الخيار وهو فعلٌ يحتاج إليه للامتحان ويحلُّ في غير الملك بحال فالاشتغال به أوَّل مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا يسقط خياره، وكل فعل لا يحتاج إليه للامتحان أو يحتاج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل في غير الملك بحال فإنه يكون دليل الاختيار، وذلك لأنه متىٰ فعل فعلاً يحتاج إليه للامتحان ويحلُّ في غير الملك وجعل دليل الاختيار وسقط خياره أوَّل مرَّة لا يفيد الخيار فائدته لأنَّ فائدة شرط الخيار إمكان الردِّ فلو لزمه البيع بفعل الامتحان أوَّل مرةٍ يفوت فائدة الخيار، إذا ثبتَ هذا فنقول: إذا اشترىٰ جارية على أنه بالخيار فاستخدمها مرَّةً لا يبطل خياره لأنَّ الاستخدام يحتاج إليه للامتحان وأنه يحل بدون الملك في الجملة فلم يكن الاشتغال به

الرُّؤْيَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ رَفْعُهُ كَالْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ أَوْ تَصَرُّفًا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ المُطْلَقِ وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ وَبَعْدَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَزِمَ تَعَذُّرُ الفَسْخِ فَبَطَلَ الخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ، وَالْمُسَاوَمَةُ وَالْهِبَةُ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ لَا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرْبُو عَلَىٰ صَرِيحِ الرِّضَا وَيُبْطِلُهُ بَعْدَ

دليل الاختيار فيبقى على خياره، بخلاف ما لو وطئها حيث يبطلُ خياره وإن كان الوطء محتاجًا إليه للامتحان لأنَّها تشترىٰ للوطء ولا يعلم كونُها صالحةً للوطء بالنظر إليها، وإنَّما كان كذلك لأنَّ الوطء تصرف لا يحل بدون الملك بحال فكان الإقدام عليه اختيارًا للملك حتى لا يقع وطئه في غير الملك، ولا كذلك الاستخدام فإنه يحلُّ في غير الملك، وإن استخدمها مرَّةً أخرىٰ فإن كان في النوع الذي استخدمها في المرة الأولى كان اختيارًا للملك لأنَّ الكرة الأخرىٰ في ذلك النوع غير محتاج إليه للامتحان، والعرض على البيع والتقبيل واللَّمس عن شهوة ولبس الثوب مرَّةً أخرىٰ وركوب الدابة مرة أخرىٰ كل ذلك يسقط الخيار لِمَا أنه غير محتاج إليه للامتحان أو لا يحلُّ في غير الملك.

قوله: ثُمَّ إِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ رَفْعُهُ، إلىٰ أن قال: يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ وَبَعْدَهَا، فإن قيل: لو بطلَ خياره قبل الرؤية يكون مخالفًا لحكم النصِّ لأن النصَّ أثبت الخيار إذا رآه بقوله: فله الخيار إذا رآه؟ قلنا: ذاك فيما أمكن العمل بحكم النص، وأمَّا هذه الأفاعيل فمبنية على الملك والملك ثابتٌ فصحَّت هذه التصرفات بناءً على قيام الملك وبعد صحتها لا يمكن رفعها فسقط الخيار ضرورةً، وكذلك لو علق المشتري الذي له خيار الرؤية بالمبيع حقًّا للغير، بأن آجر أو رهن أو باع بشرط الخيار للمشتري لأنَّ هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار ضرورة حتى لو افتكَّ المرهون أو مضت مدة الإجارة أو رده

الرُّؤْيَةِ لِوُجُودِ دَلَالَةِ الرِّضَا.

(قَالَ: وَمَنْ نَظَرَ إِلَىٰ وَجْهِ الصُّبْرَةِ، أَوْ إِلَىٰ ظَاهِرِ الثَّوْبِ مَطْوِيًّا أَوْ إِلَىٰ وَجْهِ الجَارِيَةِ أَوْ إِلَىٰ وَجْهِ الدَّابَّةِ وَكَفَلِهَا فَلَا خِيَارَ لَهُ) وَالْأَصْلُ فِي هٰذَا أَنَّ رُؤْيَةَ جَمِيعِ المَبِيعِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ لِتَعَذُّرِهِ فَيَكْتَفِي بِرُؤْيَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى العِلْمِ بِالْمَقْصُودِ، وَلَوْ دَخَلَ فِي البَيْعِ أَشْيَاءُ، فَإِنْ كَانَ لَا تَتَفَاوَتُ آحَادُهَا

المشتري عليه بخيار الشرط ثمَّ رآه لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية، وإن كان تصرفًا لم يتعلق به حق الغير بأن باع بشرط الخيار لنفسه أو وهب ولم يسلم أو عرض على البيع لا يبطل خياره، فإن كانت هذه التصرفات فيه قبل الرؤية لا يبطل خياره لأنَّ الخيار لا يبطل قبل الرؤية بصريح الرضا فبدلالته أحقُّ، وإن كان ذلك بعد الرؤية يبطل خياره لأن بعدها يسقط خياره بصريح الرضا فيسقط بدلالته أيضًا، ولو اشترىٰ أرضًا ولها أكار فزرعها الأكار برضا المشتري بأن تركها عليه على الحالة المتقدمة ثمَّ رآها فليس له أن يردها لأن فعل الأكار كفعل المشتري.

قوله: أَوْ إِلَىٰ وَجْهِ الجَارِيَةِ، ذكر الجارية وقع اتفاقًا لأنَّ الحكم في الغلام كذلك، ذكر في الإيضاح: والمعتبر في العبد والأمة النظر إلى الوجه، والنظر إلى غيره من الجسد لا يبطل الخيار لأن العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه، وفي الذخيرة: إذا اشترى جاريةً أو عبدًا ورأىٰ وجهه ورضي به لا يكون له الخيار بعد ذلك.

قوله: لِتَعَذُّرِهِ، أمَّا في العبد والأمة فظاهرٌ، لأن في رؤية جميع بدنِهما رؤية مواضع عورتِهما، ففي العبد لا يجوز أصلاً سواء فسخ العقد أو لم يفسخ، أمَّا في الأمة فإنه لو فسخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتِها كان نظره إلىٰ عورتِها واقعًا في غير ملكه لأن الفسخ رفع العقد من الأصل فصار كأنَّ العقد لم يوجد فكان نظره وقع حرامًا في أصله، وأمَّا في الثوب

كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَعَلَامَتُهُ أَنْ يَعْرِضَ بِالنَّمُوذَجِ، يَكْتَفِي بِرُؤْيَةِ وَاحِدٍ مِنْهَا إِلَّا إِذَا كَانَ البَاقِي أَرْدَأَ مِمَّا رَأَىٰ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ الخِيَارُ. وَإِنْ كَانَ تَتَفَاوَت آحَادُهَا كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَالْجَوْزُ وَالْبَيْضُ مِنْ هٰذَا القَبِيلِ فِيمَا ذَكَرَهُ الكَرْخِيُّ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِثْلَ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لِكَوْنِهَا مُتَقَارِبَةً. إِذَا ثَبَتَ هٰذَا فَنَقُولُ: النَّظَرُ إِلَىٰ وَجْهِ الصُّبْرَةِ كَافٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ وَصْفَ البَقِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعْرَضُ بِالنَّمُوذَجِ، وَكَذَا النَّظَرُ إِلَىٰ ظَاهِرِ الثَّوْبِ مِمَّا يَعْلَمُ بِهِ البَقِيَّةَ إِلَّا إِذَا كَانَ فِي طَيِّهِ مَا يَكُونُ مَقْصُودًا كَمَوْضِعِ العَلَمِ، وَالْوَجْهُ هُوَ المَقْصُودُ فِي

المطويِّ فيتضرَّر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطيِّ على تقدير اشتراط رؤية جميع أجزائه، وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبَّة من حبات الحنطة.

قوله: وَعَلَامَتُهُ، أي علامة الشيء الذي لا يتفاوت آحاده، النموذج بالفتح والأنموذج بالضم تعريب نمونه، كذا في المغرب، وذكر في الذخيرة: والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفىٰ فيه برؤية البعض إذا كان في وعاءٍ واحد بلا خلافٍ، وإذا كان في وعائين فرأىٰ ما في أحد الوعائين اختلف المشايخ فيه، قال مشايخ العراق: إذا رضي بما رأىٰ يبطل خياره في الكلِّ إذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأىٰ أو فوقه، أمَّا إذا وجده دونه فهو على خياره، ولكن إذا أراد الرد يرد الكل وهو الصحيح.

قوله: وَالْجَوْزُ وَالْبَيْضُ مِنْ هٰذَا القَبِيلِ، أي من القبيل الذي يتفاوت آحاده لأنه يختلف بالصغر والكبر فلا تكون رؤية البعض دليلًا على الباقي، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِثْلَ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ، لتقارب آحاده.

الآدَمِيِّ، وَهُوَ وَالْكِفْلُ فِي الدَّوَابِّ، فَيُعْتَبَرُ رُؤْيَةِ المَقْصُودِ وَلَا يُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ غَيْرِهِ. وَشَرَطَ بَعْضُهُمْ رُؤْيَةَ القَوَائِمِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَفِي شَاةِ اللَّحْمِ لَا بُدَّ مِنَ الحَبْسِ لِأَنَّ المَقْصُودَ وَهُوَ اللَّحْمُ يُعْرَفُ بِهِ. وَفِي شَاةِ القِنْيَةِ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ الضَّرْعِ. وَفِيمَا يُطْعَمُ لَا بُدَّ مِنَ الذَّوْقِ لِأَنَّ ذٰلِكَ هُوَ المُعَرِّفُ لِلْمَقْصُودِ.

قَالَ: (وَإِنْ رَأَىٰ صَحْنَ الدَّارِ فَلَا خِيَارَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يُشَاهِدْ بُيُوتَهَا) وَكَذٰلِكَ إِذَا رَأَىٰ خَارِجَ الدَّارِ أَوْ رَأَىٰ أَشْجَارَ البُسْتَانِ مِنْ خَارِجٍ. وَعِنْدَ زُفَرَ لَا بُدَّ مِنْ دُخُولِ دَاخِلِ البُيُوتِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ جَوَابَ الكِتَابِ عَلَىٰ وِفَاقِ عَادَتِهِمْ فِي الأَبْنِيَةِ، فَإِنَّ دُورَهُمْ لَمْ تَكُنْ مُتَفَاوِتَةً يَوْمَئِذٍ، فَأَمَّا اليَوْمُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ لِلتَّفَاوُتِ، وَالنَّظَرُ إِلَى الظَّاهِرِ لَا يُوقِعُ العِلْمَ بِالدَّاخِلِ.

قوله: وَفِي شَاةِ القِنْيَةِ، قنوت المال جمعته قنوًا وقنوةً، وأقنيته: اتخذته لنفسي قنية أي أصل مال للنسل لا للتجارة، كذا في المغرب.

قوله: فَأَمَّا اليَوْمُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ، وفي المحيط والذخيرة: وبعض مشايخنا قالوا: في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود، حتَّىٰ أنه إذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتًا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا في بلد يكون العلو مقصودًا كما في سمرقند، وبعضهم شرطوا رؤية الكل، وهو الأظهر والأشبه.

قَالَ: (وَنَظَرُ الوَكِيلِ كَنَظَرِ المُشْتَرِي حَتَّىٰ لَا يَرُدَّهُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَلَا يَكُونُ نَظَرُ الرَّسُولِ كَنَظَرِ المُشْتَرِي، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: هُمَا سَوَاءٌ، وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ) قَالَ: مَعْنَاهُ الوَكِيلُ بِالْقَبْضِ، فَأَمَّا الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ فَرُؤْيَتُهُ تُسْقِطُ الخِيَارَ بِالْإِجْمَاعِ، لَهُمَا أَنَّهُ تَوَكَّلَ بِالْقَبْضِ دُونَ إِسْقَاطِ الخِيَارِ فَلَا يَمْلِكُ مَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ وَصَارَ كَخِيَارِ العَيْبِ وَالشَّرْطِ وَالْإِسْقَاطِ قَصْدًا. وَلَهُ أَنَّ القَبْضَ نَوْعَانِ: تَامٌّ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ. وَنَاقِصٌ، وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ مَسْتُورًا وَهٰذَا؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ

قوله: وَنَظَرُ الوَكِيلِ كَنَظَرِ المُشْتَرِي، وفي الفوائد الظهيرية: وصورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره: كُنْ وكيلاً عني في قبض المبيع، وصورة الرسول أن يقول: كُنْ رسولاً عني، أو يقول: أمرتكَ بقبضه.

قوله: وَلَهُ أَنَّ القَبْضَ نَوْعَانِ: تَامٌّ - بحيث لا يرد عليه النقض - وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ - وهو يسقط الخيار لدلالته على الرضا، وَنَاقِصٌ - بحيث يرد عليه النقض - وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ مَسْتُورًا، وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا، وهذا لأن تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لأنَّ تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية، والموكل يملك نوعي القبض فكذا الوكيل لأنه ملكه الموكل ما يملكه ولكن على البدل لا على الشمول لأن اللفظ مطلق لا عام فإذا قبضه وهو ينظر إليه بطل الخيار فيقتضي إتمام القبض، كما لو قبضه الموكل وهو ينظر إليه، وإذا قبضه مستورًا فقد اختار الناقص فانتهت الوكالة بالناقص وتعيَّن ذلك للوكيل فلا يملك إسقاطه قصدًا بعده لصيرورته أجنبيًا عنه، بخلاف خيار العيب فإنه لا يبطل بقبض الوكيل في الصحيح، لأنه لا يمنع تمام الصفقة فتمَّ القبض مع بقائه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار وقد عدم.

بِتَمَامِ الصَّفْقَةِ وَلَا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالْمُوَكِّلُ مَلَكَهُ بِنَوْعَيْهِ، فَكَذَا الوَكِيلُ، وَمَتَىٰ قَبَضَ المُوَكِّلُ وَهُوَ يَرَاهُ سَقَطَ الخِيَارُ فَكَذَا الوَكِيلُ لِإِطْلَاقِ التَّوْكِيلِ، وَإِذَا قَبَضَهُ مَسْتُورًا انْتَهَى التَّوْكِيلُ بِالنَّاقِصِ مِنْهُ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ قَصْدًا بَعْدَ ذٰلِكَ، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ فَيَتِمُّ القَبْضُ مَعَ بَقَائِهِ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ. وَلَوْ سُلِّمَ فَالْمُوَكِّلُ لَا يَمْلِكُ التَّامَّ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِقَبْضِهِ؛ لِأَنَّ الِاخْتِيَارَ وَهُوَ المَقْصُودُ بِالْخِيَارِ يَكُونُ بَعْدَهُ، فَكَذَا لَا يَمْلِكُهُ وَكِيلُهُ، وَبِخِلَافِ الرَّسُولِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا وَإِنَّمَا إِلَيْهِ تَبْلِيغُ الرِّسَالَةِ وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ القَبْضَ، وَالتَّسْلِيمَ إِذَا كَانَ رَسُولًا فِي البَيْعِ.

قوله: وَخِيَارُ الشَّرْطِ عَلَى هٰذَا الخِلَافِ، ذكر القدوري: أنه لو اشترىٰ شيئًا على أنه بالخيار فوكّل وكيلاً بالقبض فقبضه بعد ما رآه فهو على الخلاف، ولئن سَلَّم وهو الأصح فالوكيل قائمٌ مقام الموكل، والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط، فكذا من يقوم مقامه إذا قبضه وهو يراه، وهذا لأن الخيار شرع للاختيار وذا بالتَّروي والتأمل فيه بعد القبض، حتى إذا استحسنه أخذه وإن استقبحه تركه، وهذا يفوت ببطلان الخيار بتقدير القبض، وبخلاف الرسول فإنَّ الرسول ليس إليه إلا تبليغ الرسالة وصار معيرًا يده للمرسل فكان إلى المرسل إتمامه، فأمَّا الوكيل هو الذي فوِّض إليه التصرف ليعمل برأيه، ولهذا يجوز سلب اسم الوكيل عن الرسول، قال الله تعالى: ﴿قُل لَّسْتُ عَلَيْكُم بِوَكِيلٍ ﴿٦٦﴾﴾ [الأنعام: ٦٦].

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ القَبْضَ، أي قبض الثمن.

قَالَ: (وَبَيْعُ الأَعْمَىٰ وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ وَلَهُ الخِيَارُ إِذَا اشْتَرَىٰ) لِأَنَّهُ اشْتَرَىٰ مَا لَمْ يَرَهُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ (ثُمَّ يَسْقُطُ خِيَارُهُ بِجَسِّهِ المَبِيعَ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالْجَسِّ، وَبِشَمِّهِ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالشَّمِّ، وَبِذَوْقِهِ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالذَّوْقِ) كَمَا فِي البَصِيرِ (وَلَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ فِي العَقَارِ حَتَّىٰ يُوصَفَ لَهُ) لِأَنَّ الوَصْفَ يُقَامُ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ كَمَا فِي السَّلَمِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيرًا لَرَآهُ وَقَالَ: قَدْ رَضِيتُ سَقَطَ خِيَارُهُ، لِأَنَّ التَّشَبُّهَ يُقَامُ مَقَامَ الحَقِيقَةِ فِي مَوْضِعِ العَجْزِ كَتَحْرِيكِ الشَّفَتَيْنِ يُقَامُ مَقَامَ القِرَاءَةِ فِي حَقِّ الأَخْرَسِ فِي الصَّلَاةِ، وَإِجْرَاءُ المُوسَىٰ

قوله: وَبَيْعُ الأَعْمَىٰ وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يصح شراؤه لأنه لا يجوز شراء ما لم يره، وقيل: إن كان بصيرًا فعمي فهو كالبصير عند الشافعي رحمه الله تعالى، وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلاً لأنه لا يعرف لون الأشياء وصفتها.

قوله: كَمَا فِي السَّلَمِ، أي إذا رأىٰ رب السلم المسلَّم فيه لا يكون له خيار الرؤية فيكون الوصف في المسلم فيه قائماً مقام الرؤية حكمًا، حتى لا يبقى الخيار بعد حقيقة الرؤية فكذا بعد القائم مقامه، ولمَّا كان الوصف كالرؤية في حق البصير فلأَن يكون في حق الأعمىٰ كذلك أوْلىٰ.

قوله: كَتَحْرِيكِ الشَّفَتَيْنِ يُقَامُ مَقَامَ القِرَاءَةِ، وعبارة الفوائد الظهيرية يدل على اللزوم حيث قال: لأن المصير إلى التشبه عند إعذار الحقيقة واجبٌ كالمُحرِّم إذا أراد التحلل وقد قرع رأسه يلزم إجراء الموسىٰ عليه تشبُّهًا بالمحلقين، وكذا الأخرس يلزمه تحريك الشفتين عند القراءة.

مَقَامَ الحَلْقِ فِي حَقِّ مَنْ لَا شَعْرَ لَهُ فِي الحَجِّ، وَقَالَ الحَسَنُ: يُوَكِّلُ وَكِيلًا بِقَبْضِهِ وَهُوَ يَرَاهُ وَهٰذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ رُؤْيَةَ الوَكِيلِ كَرُؤْيَةِ المُوَكِّلِ عَلَىٰ مَا مَرَّ آنِفًا.

قَالَ: (وَمَنْ رَأَىٰ أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَىٰ الآخَرَ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا) لِأَنَّ رُؤْيَةَ أَحَدِهِمَا لَا تَكُونُ رُؤْيَةَ الآخَرِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الثِّيَابِ فَبَقِيَ الخِيَارُ فِيمَا لَمْ يَرَهُ، ثُمَّ لَا يَرُدُّهُ وَحْدَهُ بَلْ يَرُدُّهُمَا كَيْ لَا يَكُونَ تَفْرِيقًا لِلصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ القَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَلِهٰذَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الرَّدِّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ

قوله: كَيْ لَا يَكُونَ تَفْرِيقًا لِلصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وتفريق الصفقة حرامٌ لِمَا جاء في الحديث أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن تفريق الصفقة، فإن قيل: ينبغي أن يكون في هذه الصورة ولاية ردِّ أحد الثوبين الذي لم يره، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من اشترىٰ شيئًا لم يره فله الخيار إذا رآه»، قلنا: العمل بموجب قوله عليه الصلاة والسلام: نهىٰ عن تفريق الصفقة أوْلىٰ من حديث خيار الرؤية لوجوهٍ: أحدها: أنَّ موجب قوله: نهىٰ عن تفريق الصفقة، محكمٌ في إفادة التحريم أي موجبه ثابتٌ في جميع الصور، وموجب قوله عليه الصلاة والسلام: من اشترىٰ شيئًا لم يره، غير ثابت في جميع الصور، ألا يرىٰ أنه لا يملك الرد إذا تعيب أو أعتق أحد العبدين أو دبره فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحًا، أو لأنَّ قوله: نهىٰ، محرم والمحرم راجح على المبيح، أو لأن قوله: نهىٰ عن تفريق الصفقة، متأخِّر عن المبيح وإلا يلزم تكرار النسخ لِمَا عُرِف.

قوله: وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ القَبْضِ وَبَعْدَهُ، يريد به إذا

وَلَا رِضًا وَيَكُونُ فَسْخًا مِنَ الأَصْلِ (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ بَطَلَ خِيَارُهُ) لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي فِيهِ الإِرْثُ عِنْدَنَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ (وَمَنْ رَأَىٰ شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّةٍ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي رَآهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّ العِلْمَ بِأَوْصَافِهِ حَاصِلٌ لَهُ بِالرُّؤْيَةِ السَّابِقَةِ، وَبِفَوَاتِهِ يَثْبُتُ الخِيَارُ إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَعْلَمُهُ مَرْئِيَّهُ لِعَدَمِ الرِّضَا بِهِ (وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الخِيَارُ) لِأَنَّ تِلْكَ الرُّؤْيَةَ لَمْ تَقَعْ مُعْلِمَةً بِأَوْصَافِهِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي التَّغَيُّرِ فَالقَوْلُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ التَّغَيُّرَ حَادِثٌ وَسَبَبُ اللُّزُومِ ظَاهِرٌ، إِلَّا إِذَا بَعُدَتِ المُدَّةُ عَلَىٰ مَا قَالُوا لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّؤْيَةِ لِأَنَّهَا أَمْرٌ حَادِثٌ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ.

قبضه مستورًا، أمَّا إذا قبضه وهو يراه يبطل خياره وتتم الصفقة.

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَعْلَمُهُ مَرْئِيَّهُ، أي لا يعلم أنه هو الذي رآه.

قوله: وَسَبَبُ اللُّزُومِ ظَاهِرٌ، وهو الشراء بعد الرؤية.

قوله: عَلَىٰ مَا قَالُوا لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلْمُشْتَرِي، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: أرأيتَ لو كانت جاريةً شابةً رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنةً وزعم البائع أنَّها لم تتغير أكان يصدق علىٰ ذلك، وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّؤْيَةِ، متصل بقوله: فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عِدْلَ زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْهَا إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَكَذٰلِكَ خِيَارُ الشَّرْطِ) ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ فِيمَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ يَمْنَعَانِ تَمَامَهَا، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ مَعَ

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ عِدْلَ زُطِّيٍّ، الزطُّ جيل من الهند تنسب إليهم الثياب الزطية، كذا في المغرب، وقيل: جيل من الناس بسواد العراق، ولفظ الجامع الصغير: ومن اشترىٰ عدل زطيّ ولم يره وقبضه فباع منه ثوبًا، وإنَّما قيَّد بالقبض لأنه لو لم يكن مقبوضًا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيعٍ أو هبةٍ، ولأنه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلاث من خيار الشرط والرؤية والعيب سواءٌ في عدم جواز ردِّ شيءٍ منها فلا يصحُّ حينئذٍ قوله: إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، لأنه إذا اشترىٰ شيئين ولم يقبضهما ثمَّ وجد بأحدهما عيبًا فليس له أن يردَّ المعيب خاصة بل يردهما إن شاء.

قوله: وَكَذٰلِكَ خِيَارُ الشَّرْطِ، أي ليسَ له أن يرد شيئًا منها بخيار الشرط إذا اشترىٰ عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبًا أو وهب، وحاصله ما ذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالى في الجامع الصغير: وهذا جنسُ مسائل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق، وكل ذلك على وجوه ثلاثة، أمَّا إن كان المشتري قبض المبيع أو قبض بعضه أو لم يقبض شيئًا، ففي خيار الرؤية والشرط لا يرد البعض بحال مَا، لأنه تفريق الصفقة قبل التمام، وفي خيار العيب إن كان قبل القبض فكذلك لأن الصفقة لا تتم قبل القبض لأن تمام الصفقة إنَّما يحصل بانتهاء الأحكام والمقصود وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد، وإن كان قبض بعضه فكذلك لأنَّ بتسليم البعض لا يتناهى حكم العقد، وإن قبض الكل فوجد ببعضه عيبًا إن كان المبيع شيئًا واحدًا كالثوب والدار

خِيَارِ العَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ لَا تَتِمُّ قَبْلَهُ وَفِيهِ وَضْعُ المَسْأَلَةِ، فَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسْخٌ فَهُوَ عَلَىٰ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَعُودُ بَعْدَ سُقُوطِهِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَعَلَيْهِ اعْتَمَدَ القُدُورِيُّ.

والعبد يرد الكل أو يمسك، وإن كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدين وقبضهما ثمَّ وجد بأحدهما عيبًا ردَّ المعيب خاصة لأن العيب وجد بأحدهما وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لأنه رضي بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة، ولهذا لا يملك الردُّ بحكم العيب بعد القبض إلا برضاءٍ أو قضاءٍ وفي خيار الشرط والرؤية ينفرد بالردِّ، وفي فصل الاستحقاق إن استحقَّ بعض المبيع قبل القبض أو بعد ما قبض بعض المبيع كان له أن يردَّ غير المستحق لأن باستحقاق البعض تتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام، وإن كان قبض الكلَّ ثم استحق بعضه فإن كان المبيع عبدًا واحدًا أو ثوبًا واحدًا واستحقَّ بعضه كان له أن يردَّ الباقي، وإن كان عبدين فاستحقَّ أحدهما لا يرد الباقي.

قوله: وَفِيهِ وَضْعُ المَسْأَلَةِ، أي في المقبوض علىٰ ما ذكرناه.

قوله: فَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسْخٌ، بأن يرد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: أنه لا يعود خيار الرؤية بعد سقوطه، وفي فتاوىٰ قاضي خان: وهو الصحيح.

بَابُ خِيَارِ العَيْبِ

(وَإِذَا اطَّلَعَ المُشْتَرِي عَلَىٰ عَيْبٍ فِي المَبِيعِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ) لِأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ، فَعِنْدَ فَوْتِهِ يَتَخَيَّرُ كَيْ لَا يَتَضَرَّرَ بِلُزُومِ مَا لَا يَرْضَىٰ بِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُمْسِكَهُ وَيَأْخُذَ النُّقْصَانَ؛ لِأَنَّ الأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فِي مُجَرَّدِ العَقْدِ؛ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ عَنْ مِلْكِهِ بِأَقَلَّ مِنَ المُسَمَّىٰ

باب خيار العيب

قوله: لِأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ، لأنَّ الغالب في الأشياء هو السلامة فيقع العقد علىٰ ذلك الوصف لأن كل واحد من العاقدين صاحب عقل وتمييز فيأبىٰ أن يَغبِن أو يُغبَن، ورُوِيَ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام اشترىٰ عبدًا من العدَّاء بن خالد وكتب في صكِّه: «هذا ما اشترىٰ محمد رسول الله من العداء بن خالد لا غائلة ولا خبثة» وهذا تنصيصٌ على أنَّ العقد يقتضي السلامة في المبيع عن العيب، والغائلة ما يكون من قبيل الأفعال كالإباق والسرقة، والخبثة هو الاستحقاق، وقيل الجنون.

قوله: لِأَنَّ الأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، لأن الثمن عين فيكون مقابلًا بالعين دون الوصف لأنه عرضٌ غير متقوم فأنَّىٰ يقابله عين متقوم، ولأن الثمن لا يخلو إمَّا أن يقابل بالوصف والأصل وفيه تسوية بين التبع والأصل، أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الأصل، أو بالأصل دون الوصف وهو المرام.

قوله: فِي مُجَرَّدِ العَقْدِ، احترز به عمَّا إذا صارت مقصودةً بالتناول حقيقةً، كما لو

فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ المُشْتَرِي مُمْكِنٌ بِالرَّدِّ بِدُونِ تَضَرُّرِهِ، وَالْمُرَادُ عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ البَائِعِ وَلَمْ يَرَهُ المُشْتَرِي عِنْدَ البَيْعِ وَلَا عِنْدَ القَبْضِ؛ لِأَنَّ ذٰلِكَ رِضًا بِهِ.

قَالَ: (وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نُقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ فَهُوَ عَيْبٌ) ؛ لِأَنَّ التَّضَرُّرَ بِنُقْصَانِ المَالِيَّةِ، وَذٰلِكَ بِانْتِقَاصِ القِيمَةِ وَالْمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَتِهِ عُرْفُ أَهْلِهِ (وَالْإِبَاقُ وَالْبَوْلُ فِي الفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ فِي الصَّغِيرِ عَيْبٌ

قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط به نصف الثمن لأنه صار مقصودًا بالتناول، أو حكمًا بأن يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري، أو لحق الشرع بالجناية، ولأنه لو أمسكه وأخذ النقصان لتضرَّر به البائع لأنه ما رضي بزوال المبيع عن ملكه إلَّا بكل الثمن، ولو أمسكه ولا يأخذ النقصان لتضرَّر به المشتري، وبالرد يندفع الضرر عنه بلا تضرُّر البائع فصرنا إليه، فإن قيل: يشكل هذا بما إذا باع معيبًا فإذا هو سليمٌ فلا خيارَ للبائع وإن كان البائع يتضرَّر بثمن المعيب في السليم، لِمَا أنَّ الظاهر أنه نقص الثمن علىٰ ظن أنه معيب، فعلىٰ ذلك ينبغي أن لا يثبت الخيار للمشتري ههنا إذا ظهر السليم معيبًا وإن كان يتضرَّر به المشتري أو يثبت الخيار هناك للبائع أيضـًا كما يثبت للمشتري هٰهنا، قلنا: المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فأنزل عالمًا بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه، فأمَّا المشتري فإنه ما رأى المبيع أصلاً، فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرَّر المشتري من غير علمٍ حصل به فيثبت له الخيار.

قوله: وَالْإِبَاقُ وَالْبَوْلُ فِي الفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ فِي الصَّغِيرِ عَيْبٌ، وفي الإيضاح: والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيبٍ، لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك هو عيبٌ ما دام صغيرًا، وكذا الإباق، وبعض مشايخنا

مَا لَمْ يَبْلُغْ، فَإِذَا بَلَغَ فَلَيْسَ ذٰلِكَ بِعَيْبٍ ....

قالوا: البول في حالة الصغر إنَّما يكون عيباً إذا كان ابن خمس فما فوقه، وأمَّا إذا كان ابن سنةٍ أو سنتين فليس ذلك بعيبٍ، والسرقة وإن كانت أقلَّ من عشرة دراهم عيبٌ لأن السرقة إنما كانت عيبًا لأنَّ الإنسان لا يأمن من السارق على مال نفسه، وفي حق هذا المعنى العشرة وما دونَها سواءٌ، وقيل: وما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين أو ما أشبه ذلك لا يكون عيبًا، والعيب في السرقة لا يختلف بين أن يكون من المولىٰ أو من غيره إلا في المأكولات، فإن سرق ما يؤكل لأجل الأكل من المولىٰ لا يَعُدُّ عيبًا ومن غير المولى يَعُدُّ عيبًا، وسرقة ما يؤكل لا لأجل الأكل بل للبيع عيبٌ من المولىٰ وغيره، وإذا نقب البيت ولم يختلس فهو عيبٌ، والإباق ما دون السفر عيبٌ بلا خلافٍ بين المشايخ، وتكلَّموا في أنه هل يشترط الخروج من البلدة؟ وهذا لأنَّ الإباق إنما كان عيبًا لأنه يوجب فوات المنافع على المولىٰ، وفي حق هذا المعنى السفر وما دونه سواءٌ، وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: رجل اشترىٰ أمةً وأَبِقَت عنده ثم وجدها واستخدمها سنةً فعيب الإباق لازمٌ لها، وكذلك لو أَبِقَت من رجل كانت عنده بإجارة أو عارية أو وديعة، ولو أبِقَت من الغاصب إلى مولاها فهذا ليس بإباقٍ، وإن أبِقَت فلم ترجع إلى الغاصب ولا إلى المولى وهي تعرف منزل مولاها وتقوىٰ على الرجوع إليه فهذا عيبٌ، وإن كانت لا تعرف منزل مولاها أو لا تقوىٰ على الرجوع فهو ليس بعيبٍ.

وفي الفوائد الظهيرية: وههنا مسئلة عجيبة وهي: أن من اشترىٰ عبدًا صغيرًا فوجده يبول في الفراش كان له أن يرد، وإن لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيبٍ آخر كان له أن يرجع بنقصان العيب، فلو رجع بنقصان العيب ثمَّ كبر العبد هل للبائع أن يسترد ما أعطىٰ من النقصان لزوال العيب بالبلوغ؟ لا رواية لهذه المسئلة في الكتب، ثم قال رضي الله عنه: كان والدي رحمه الله تعالى يقول: ينبغي أن يسترده استدلالاً بمسئلتين: إحداهما: أنَّ الرجل إذا اشترىٰ جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردَّها، فإن تعيَّبت عنده بعيبٍ آخر

حَتَّىٰ يُعَاوِدَهُ بَعْدَ البُلُوغِ) وَمَعْنَاهُ: إِذَا ظَهَرَتْ عِنْدَ البَائِعِ فِي صِغَرِهِ ثُمَّ حَدَثَتْ عِنْدَ المُشْتَرِي فِي صِغَرِهِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ ذٰلِكَ، وَإِنْ حَدَثَتْ بَعْدَ بُلُوغِهِ لَمْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ سَبَبَ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ يَخْتَلِفُ بِالصِّغَرِ وَالْكِبَرِ، فَالْبَوْلُ فِي الفِرَاشِ فِي الصِّغَرِ لِضَعْفِ المَثَانَةِ، وَبَعْدَ الكِبَرِ لِدَاءٍ فِي بَاطِنِهِ، وَالْإِبَاقُ فِي الصِّغَرِ لِحُبِّ اللَّعِبِ، وَالسَّرِقَةُ لِقِلَّةِ المُبَالَاةِ، وَهُمَا بَعْدَ الكِبَرِ لِخُبْثٍ فِي البَاطِنِ، وَالْمُرَادُ مِنَ الصَّغِيرِ مَنْ يَعْقِلُ، فَأَمَّا الَّذِي لَا يَعْقِلُ فَهُوَ ضَالٌّ لَا آبِقٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ عَيْبًا.

قَالَ: (وَالْجُنُونُ فِي الصِّغَرِ عَيْبٌ أَبَدًا) وَمَعْنَاهُ: إِذَا جُنَّ فِي الصِّغَرِ فِي

رجع بالنقصان، فإذا رجع بالنقصان ثمَّ أبانَها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب، فكذا فيما نحن فيه، والثانية: إذا اشترىٰ عبدًا فوجده مريضًا كان له أن يرده، فإن تعيب عنده بعيبٍ آخر رجع بالنقصان، فإذا رجع ثم برأ من مرضه هل للبائع أن يسترد النقصان؟ قالوا إن كان البرء من المداواة لم يكن له أن يسترد، وإلا فله ذلك، والبلوغ ههنا لا بالمداواة فكان له أن يستردَّه.

قوله: حَتَّىٰ يُعَاوِدَهُ بَعْدَ البُلُوغِ، في يد البائع، ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري فحينئذٍ يكون عيبًا، وحاصل الكلام أنَّ هذه الأشياء لو كانت قائمةً به حالة الصغر ثمَّ عاوده في يد المشتري في حالة الصغر كان له الرد، وكذلك لو كانت في يد البائع بعد البلوغ ثمَّ عاودت في يد المشتري لأنه عين ما كان في يد البائع، ولو حدث ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يكون له الردُّ لأنه غير ما كان في يد البائع.

قوله: وَالْجُنُونُ فِي الصِّغَرِ عَيْبٌ أَبَدًا، أي سواءٌ عاوده في يد المشتري وهو صغير أو

يَدِ البَائِعِ ثُمَّ عَاوَدَهُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيهِ أَوْ فِي الكِبَرِ يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ الأَوَّلِ، إِذِ السَّبَبُ فِي الحَالَيْنِ مُتَّحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ البَاطِنِ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ المُعَاوَدَةَ فِي يَدِ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَىٰ قَادِرٌ عَلَىٰ إِزَالَتِهِ وَإِنْ كَانَ قَلَّمَا يَزُولُ فَلَا بُدَّ مِنَ المُعَاوَدَةِ لِلرَّدِّ.

(قَالَ: وَالْبَخَرُ وَالدَّفْرُ عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ) ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ قَدْ يَكُونُ الِاسْتِفْرَاشَ وَطَلَبَ الوَلَدِ وَهُمَا يُخِلَّانِ بِهِ، وَلَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الغُلَامِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الِاسْتِخْدَامُ وَلَا يُخِلَّانِ بِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ دَاءٍ؛ لِأَنَّ الدَّاءَ عَيْبٌ (وَالزِّنَا وَوَلَدُ الزِّنَا عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ دُونَ الغُلَامِ) ؛ لِأَنَّهُ يُخِلُّ

بالغ، وفي الذخيرة: واختلف المشايخ في فصل الجنون أنَّ معاودة الجنون في يد المشتري هل هو شرط للردِّ؟ بعضهم قالوا: إنَّها ليست بشرطٍ بل إذا ثبت وجوده عند البائع يرده، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام رحمهما الله تعالىٰ، وهو رواية المنتقى، وبعض مشايخنا قالوا: المعاودة في يد المشتري شرطٌ، وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير، وتكلَّم المشايخ في مقدار ما يكون عيبًا من الجنون، قال بعضهم: الجنون وإن كان ساعةً فهو عيبٌ، وقال بعضهم: إن كان أكثر من يومٍ وليلةٍ فهو عيبٌ، وأمَّا يوم وليلة فما دونه فليس بعيبٍ، وقال بعضهم: المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيبٍ.

قوله: وَالْبَخَرُ وَالدَّفْرُ عَيْبٌ، والبخر نتنٌ رائحة الفم، والدَّفر رائحة مؤذية هي من الإبط، كذا في المبسوط، وذكر في المغرب: الدَّفر مصدر دَفَر إذا خبثت رائحته، وبالسكون النتن، وأمَّا الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غيرُ وهو حدة الرائحة أيَّتما كانت، ومنه: مسكٌ أذفرٌ، وإبطٌ ذفرآء، وهو مراد الفقهآء في قولهم: وَالْبَخَرُ وَالدَّفْرُ عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ،

بِالْمَقْصُودِ فِي الجَارِيَةِ وَهُوَ الِاسْتِفْرَاشُ وَطَلَبُ الوَلَدِ، وَلَا يُخِلُّ بِالْمَقْصُودِ فِي الغُلَامِ وَهُوَ الِاسْتِخْدَامُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الزِّنَا عَادَةً لَهُ عَلَىٰ مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ اتِّبَاعَهُنَّ يُخِلُّ بِالْخِدْمَةِ.

قَالَ: (وَالْكُفْرُ عَيْبٌ فِيهِمَا) ؛ لِأَنَّ طَبْعَ المُسْلِمِ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَتِهِ؛ وَلِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ صَرْفُهُ فِي بَعْضِ الكَفَّارَاتِ فَتَخْتَلُّ الرَّغْبَةُ، فَلَوِ اشْتَرَاهُ عَلَىٰ أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَا يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ زَوَالُ العَيْبِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الكَافِرَ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا لَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ المُسْلِمُ، وَفَوَاتُ الشَّرْطِ بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ. قَالَ: (فَلَوْ كَانَتِ الجَارِيَةُ بَالِغَةً لَا تَحِيضُ أَوْ هِيَ مُسْتَحَاضَةٌ فَهُوَ عَيْبٌ) ؛ لِأَنَّ ارْتِفَاعَ الدَّمِ وَاسْتِمْرَارَهُ عَلَامَةُ الدَّاءِ، وَيُعْتَبَرُ فِي الِارْتِفَاعِ أَقْصَىٰ غَايَةِ البُلُوغِ وَهُوَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً فِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَيُعْرَفُ ذٰلِكَ بِقَوْلِ الأَمَةِ فَتُرَدُّ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ البَائِعِ قَبْلَ

وهكذا في الرواية.

قوله: فَلَوِ اشْتَرَاهُ عَلَىٰ أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَا يَرُدُّهُ، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: له أن يرده لأنه وجده بخلاف شرطه، وله في هذا الشرط غرضٌ فرُبَّما قصد أن يستخدمه في المحقرات من الأمور ولا يستجيز من نفسه أن يستخدم المسلم في مثله، فإذا فات عليه مقصوده تمكَّن من رده، وأصحابنا قالوا: الكفر عيبٌ فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرئ من العيب فكأنه اشتراه على أنه معيب فإذا هو سليمٌ.

قوله: فَتُرَدُّ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ البَائِعِ قَبْلَ القَبْضِ وَبَعْدَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وعن

الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَإِذَا حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِيَ عَيْبٌ فَاطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ وَلَا يَرُدُّ الْمَبِيعَ) ؛ لِأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ سَالِمًا، وَيَعُودُ مَعِيبًا فَامْتَنَعَ، وَلَا بُدَّ مِنْ

محمد رحمه الله تعالى: ترد قبل القبض بلا يمين البائع لأن البيع قبل القبض ضعيفٌ، حتى يملك المشتري الردَّ بالعيب قبل القبض بلا قضاء ولا رضاء وصح فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفةٍ، قالوا في ظاهر الرواية لا قول للأمة في ذلك، واعلم أنَّ المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع، فإن ادَّعى الانقطاع في مدة قصيرة لا تسمع دعواه، وإن ادعى الانقطاع في مدة مديدةٍ تسمع دعواه، والمديدة مقدَّرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وبأربعة أشهر وعشرٍ عند محمد رحمه الله تعالى، وعند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالىٰ بسنتين، فإذا عرفت المديدة فما دونَها قصيرة، ثمَّ بعد ذلك إن كان القاضي مجتهدًا يقضي بما أدَّى إليه اجتهاده، وإلا يأخذ بالمتيقن وهو سنتان، فإذا ادعى الانقطاع في مدة كثيرة لا تسمع دعواه ما لم يدع أنَّ ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل، فإذا ادَّعىٰ ذلك فحينئذٍ يسأل البائع: أهيَ كما يدعي المشتري؟ فإن قال: نعم، ردها على البائع بإقراره، وإن قال: هيَ كذلك للحال ولكن ما كانت منقطعة الحيض عندي وإنَّما حدث هذا العيب عند المشتري، توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيام العيب للحال، فإن طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع على ذلك، كما يحلف في سائر العيوب، فإن حلف برئ، وإن نكل ترد عليه لأن نكوله كإقراره، فإن شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيض عند البائع لم تقبل شهادتُهم، بخلاف ما لو شهدوا على كونِها مستحاضةً لأن الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه، أمَّا انقطاع الحيض على وجه يعد عيبًا فلا يقف عليه الشهود فقد تيقَّن القاضي بكذبِهم فلا تقبل شهادتُهم، وإن أنكر البائع انقطاع

دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ فَتَعَيَّنَ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ؛ لِأَنَّـهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا فَقطَعَهُ فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا رَجَعَ بِالْعَيْبِ) ؛ لِأَنَّـهُ امْتَنَعَ الرَّدُّ بِالْقَطْعِ فَإِنَّـهُ عَيْبٌ حَادِثٌ (فَإِنْ قَالَ البَائِعُ: أَنَا أَقْبَلُهُ كَذٰلِكَ كَانَ لَهُ ذٰلِكَ) ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ (فَإِنْ بَاعَهُ المُشْتَرِي لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ بِرِضَا البَائِعِ فَيَصِيرُ هُوَ بِالْبَيْعِ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ فَلَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ (فَإِنْ قَطَعَ الثَّوْبَ وَخَاطَهُ أَوْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ) لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّـهُ لَا وَجْهَ إِلَى الفَسْخِ فِي الأَصْلِ بِدُونِهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْفَكُّ عَنْهُ،

حيضها في الحال لا يستحلف على ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما يستحلف لما يجيء إن شاء الله تعالىٰ.

قوله: فَتَعَيَّنَ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ، لأنَّ الجزء الفائت صار مستحقًّا للمشتري بالعقد وقد تعذَّر تسليمه إليه فيرد حصته من الثمن، ولا يقال: الفائت وصفٌ فلا يقابله شيء من الثمن لأنه صار مقصودًا بالمنع فيكون له حصة من الثمن، وطريق معرفته أن يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به، فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن، وإن كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن، وقال مالك رحمه الله تعالى: يرده ويرد معه نقصان العيب الحادث في يده لأن رد البدل عند تعذُّر رد العين كردِّ المبدل فصار رادًّا كل المبيع فرجع بكل الثمن، فإن قيل: إن اشترىٰ بعيرًا فنحره فلمَّا شقَّ بطنه وجد أمعاءه فاسدةً لا يرجع بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وهنا قال يرجع بالنقصان؟ قلنا:

وَلَا وَجْهَ إِلَيْهِ مَعَهَا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ فَامْتَنَعَ أَصْلًا (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَهُ) ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّ الشَّرْعِ لَا لِحَقِّهِ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي

الفرق بينهما أنَّ النحر إفساد للمالية لأنه صار بالنحر عرضةً للنتن والفساد، ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيختلُّ معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع.

قوله: لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ فَامْتَنَعَ أَصْلًا، لأنَّ العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورةً، إذ فسخ العقد رفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد، فإن قيل: يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية؟ قلنا: لأن فسخ العقد ثمَّة في الزيادة ممكن لأن الزيادة تبع محض باعتبار التولد والتفرع والاتصال، والحاصل أنَّ الزيادة نوعان: متصلة ومنفصلة، والمتصلة نوعان: متولدة كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب لما مرَّ، ومتصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة واللتِّ وهي تمنع الرد بالعيب اتفاقًا، والمنفصلة نوعان: متولدة كالولد والثمر، وهي تمنع الرد بالعيب لأنه لا سبيل إلىٰ فسخه مقصودًا، لأن العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل إلىٰ فسخه تبعًا لانقطاع التبعية بالانفصال، وغير متولدة من المبيع كالكسب، وهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانًا، بخلاف الولد، والفرق أنَّ الكسب ليس بمبيع بحال لأنه تولد من المنافع وهي غير الأعيان، والولد تولَّد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن يسلم له مجانًا لِمَا فيه من الربا لأنه يبقى في يده بلا عوض في عقد المعاوضة، والربا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله.

قوله: وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَهُ، لأن امتناع الردِّ لحق الشرع للزيادة الحادثة، وهي في معنى الربا وحرمة الربا حقُّ الشرع.

قوله: فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي - أي باع المشتري الثوب المخيط أو المصبوغ، أو

بَعْدَمَا رَأَى العَيْبَ رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ) لِأَنَّ الرَّدَّ مُمْتَنِعٌ أَصْلًا قَبْلَهُ فَلَا يَكُونُ بِالْبَيْعِ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ، وَعَنْ هٰذَا قُلْنَا: إِنَّ مَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ لَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ، وَلَوْ كَانَ الوَلَدُ كَبِيرًا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ حَصَلَ فِي الأَوَّلِ قَبْلَ الخِيَاطَةِ، وَفِي الثَّانِيَ بَعْدَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ أَوْ مَاتَ عِنْدَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ رَجَعَ

السويق الملتوت بسمن - بَعْدَمَا رَأَى العَيْبَ رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ، أيضًا لأن الردّ كان ممتنعًا قبل البيع للزيادة الحادثة في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري حابسًا للمبيع، والأصل أنَّ في كل موضع لو كان المبيع قائمًا علىٰ ملكه يمكنه رده برضا البائع، فإذا باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لأنه بالبيع صار ممسكًا للمبيع معنًى لقيام المشتري مقامه في إمساك المبيع فصار حبس المشتري المبيع كحبسه، فكان المبيع في يده وهو يريد أن يرجع بنقصان العيب وثمَّة ليس له ذلك، كذا ههنا، وفي كل موضع لو كان المبيع في يده على ملكه لا يمكنه ردُّه وإن رضي البائع به فإذا أخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب لأن الرد كان ممتنعًا قبل بيعه فلم يصر المشتري ممسكًا للمبيع ببيعه فبقي أرش العيب بحاله.

قوله: وَعَنْ هٰذَا قُلْنَا - أي عن هذا الأصل المذكور قلنا - إِنَّ مَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ، ثمَّ وجد به عيبًا لا يرجع بنقصان العيب، لأنه صار واهبًا للصغير مسلمًا إليه قبل الخياطة فلم يمتنع الرد قبل الهبة فكان حابسًا للمبيع فلا يرجع، ولو كان الولد كبيرًا يرجع بنقصان العيب لأنه لم يصر مسلمًا إلا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعـًا فلم يصر حابسًا فيرجع.

بِنُقْصَانِهِ) أَمَّا المَوْتُ؛ فَلِأَنَّ المِلْكَ يَنْتَهِي بِهِ وَالِامْتِنَاعُ حُكْمِيٌّ لَا بِفِعْلِهِ، وَأَمَّا الإِعْتَاقُ فَالْقِيَاسُ فِيهِ أَنْ لَا يَرْجِعَ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَالْقَتْلِ، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ العِتْقَ إِنْهَاءُ المِلْكِ؛ لِأَنَّ الآدَمِيَّ مَا خُلِقَ فِي الأَصْلِ مَحَلًّا لِلْمِلْكِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ المِلْكُ فِيهِ مُوَقَّتًا إِلَى الإِعْتَاقِ فَكَانَ إِنْهَاءً فَصَارَتْ كَالْمَوْتِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ يَتَقَرَّرُ بِانْتِهَائِهِ فَيُجْعَلُ كَأَنَّ المِلْكَ بَاقٍ وَالرَّدَّ مُتَعَذِّرٌ. وَالتَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ بِمَنْزِلَتِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ النَّقْلُ مَعَ بَقَاءِ المَحَلِّ بِالْأَمْرِ الحُكْمِيِّ (وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَلَىٰ مَالٍ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّهُ حَبَسَ بَدَلَهُ وَحَبْسُ البَدَلِ كَحَبْسِ المُبْدَلِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: أَنَّهُ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ إِنْهَاءٌ لِلْمِلْكِ وَإِنْ كَانَ بِعِوَضٍ

قوله: أَمَّا المَوْتُ؛ فَلِأَنَّ المِلْكَ يَنْتَهِي بِهِ، لأنَّ الملك في محل الحياة باعتبارها فينتهي بانتهائها، إذ المالية بعد الموت لا تتحقَّق والملك في الآدمي باعتبار المالية وانتهت المالية بانتهاء الحياة فانتهى الملك.

قوله: لِأَنَّ العِتْقَ - أي الإعتاق - إِنْهَاءُ المِلْكِ، أي إتمامٌ له لأن الملك في الآدمي ثبتَ على خلاف الدليل إلىٰ غاية العتق، والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرِّر في نفسه، ولهذا يثبت الولاء بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك، والتدبير والاستيلاد كالعتق لأنَّهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بِهما يخرج من أن يكون قابلاً للنقل من ملك إلىٰ ملك، فقد تعذَّر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقةً أو حكمًا فيرجع بنقصان العيب لأنه استحقَّ ذلك الملك بوصف السلامة، كما لو تعيَّب عند المشتري.

(فَإِنْ قَتَلَ الْمُشْتَرِي العَبْدَ أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَمَّا القَتْلُ فَالْمَذْكُورُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَرْجِعُ) لِأَنَّ قَتْلَ المَوْلَىٰ عَبْدَهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ دُنْيَوِيٌّ فَصَارَ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ فَيَكُونُ إِنْهَاءً، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ القَتْلَ لَا يُوجَدُ إِلَّا مَضْمُونًا، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الضَّمَانُ هَاهُنَا بِاعْتِبَارِ المِلْكِ

قوله: فَإِنْ قَتَلَ الْمُشْتَرِي العَبْدَ أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ، إلخ، والأصل أنَّ امتناع الرد إن كان بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشيءٍ لأنه متىٰ كان مضمونًا كان ممسكًا للمبيع معنًى، ومن شرط الرجوع بالنقصان أن لا يكون ممسكًا إيَّاه، وإذا امتنع الرد لا بفعل منه فإن هلك أو بفعل غير مضمون منه يرجع لأنه لا يتصوَّر أن يكون ممسكًا، ثمَّ القتل فعلٌ مضمونٌ إذ لو باشره في ملك الغير يضمن، وإنَّما استفاد البَراءة عن الضمان هنا لملكه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتياضاً عن الملك، ولهذا يأثم ويجب عليه الكفارة إن كان خطأً ويضمن إن كان مديونًا، وإنَّما لم يضمن إذا لم يكن مديونًا لعدم الفائدة لاستحالة الوجوب له عليه فصار الضمان كالسالم له معنًى بِهذا الاعتبار، بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان عليه مطلقًا لو فعله في ملك غيره لعدم النفاذ فيه ومن أحد الشريكين وإن نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقًا لأنه إذا كان مُعسرًا لم يضمن، وهذا لأن الإعتاق تصرف شرعي واعتباره بشرط وهو الملك، بخلاف القتل لأنه حسي يتصور في الملك وغيره وهو لم يستفد بالإعتاق عوضًا حقيقةً وحكمًا فلا يكون حابسًا للمبيع فيرجع بالنقصان، ويُؤيده ما ذكرنا أنَّ العتق ليس بمضمون مسئلةٌ ذكرها في شرح الطحاوي رحمه الله تعالىٰ وهي: أن مشتري العبد لو وكل وكيلاً بقبضه قبل نقد الثمن فقبضه الوكيل بغير إذن البائع فمات في يده كان للبائع أن يضمن الوكيل القيمة ويحبسها بالثمن، ولو كان وكيلاً بالإعتاق فأعتقه الوكيل جاز عتقه ويصير قابضًا، وليس

فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَفِيدِ بِهِ عِوَضًا، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ لَا مَحَالَةَ كَإِعْتَاقِ المُعْسِرِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا، وَأَمَّا الأَكْلُ فَعَلَى الخِلَافِ، فَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ وَعِنْدَهُ لَا يَرْجِعُ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا لَبِسَ الثَّوْبَ حَتَّىٰ تَخَرَّقَ، لَهُمَا أَنَّهُ صَنَعَ فِي المَبِيعِ مَا يُقْصَدُ بِشِرَائِهِ وَيُعْتَادُ فِعْلُهُ فِيهِ فَأَشْبَهَ الإِعْتَاقَ. وَلَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ مِنْهُ فِي المَبِيعِ فَأَشْبَهَ البَيْعَ وَالْقَتْلَ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِكَوْنِهِ مَقْصُودًا؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ البَيْعَ مِمَّا يُقْصَدُ بِالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَإِنْ أَكَلَ بَعْضَ الطَّعَامِ ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ فَكَذَا الجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ فَصَارَ كَبَيْعِ البَعْضِ، وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ فِي الكُلِّ،

للبائع أن يضمن الوكيل القيمة وله أن يطالب المشترى بالثمن فثبتَ أنَّ العتق غير مضمون، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: الأكل واللبس فعل مضمون عليه، وإنَّما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل وذلك بمنزلة عوضٍ يحصل له، فإن قيل: هذا يشكل بالقطع والخياطة فإنَّهما فعلان مضمونان ومع ذلك يرجع بالنقصان؟ قلنا: إنَّما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعي ولا كذلك ههنا فإنَّ الرد امتنع بفعل مضمونٍ.

قوله: فَإِنْ أَكَلَ بَعْضَ الطَّعَامِ، إلىٰ قوله: فَصَارَ كَبَيْعِ البَعْضِ، إذا باع بعضه ثمَّ وجد به عيبًا لا يرجع بالنقصان لا في المزال ولا في الباقي عندنا لأن امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه، وعند زفر رحمه الله تعالىٰ يرجع بنقصان الباقي اعتبارًا للبعض بالكل، وإن أكل بعضه ثمَّ علم بالعيب فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما أكل وما بقي لأنَّ الطعام في الحكم كشيءٍ واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون

وَعَنْهُمَا أَنَّهُ يَرُدُّ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ بَيْضًا أَوْ بِطِّيخًا أَوْ قِثَّاءً أَوْ خِيَارًا أَوْ جَوْزًا فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فَاسِدًا فَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْجَوْزِ صَلَاحُ قِشْرِهِ عَلَىٰ مَا قِيلَ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ بِاعْتِبَارِ اللُّبِّ (وَإِنْ كَانَ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ فَسَادِهِ لَمْ يَرُدَّهُ) ؛ لِأَنَّ الْكَسْرَ عَيْبٌ

البعض، كما لو باع البعض، وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل لأن الطعام كشيءٍ واحدٍ فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أوْلىٰ، وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه ممَّا لا يضره التبعيض وهو قادر على الردِّ، كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكل، وبعد بيع البعض عنهما روايتان: في إحدى الروايتين لا يرجع بشيء، كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأن الطعام في حكم شيءٍ واحدٍ فبيع البعض فيه كبيع الكل، وفي الرواية الأخرى: يرد ما بقى لأنه لا يضرُّه التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارًا للبعض بالكلِّ، كذا في المبسوط.

قوله: فَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهُ، أي إن لم ينتفع به أصلًا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا للعلف، قال الإمام الحلواني رحمه الله تعالى: هذا إذا ذاقه فوجده كذلك فتركه، فإن تناول شيئًا منه بعد ما ذاقه لا يرجع عليه بشيءٍ، وما لا ينتفع به أصلًا كالقرع إذا وجده مرًّا والبيضة إذا كانت مذرة.

قوله: وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْجَوْزِ صَلَاحُ قِشْرِهِ عَلَىٰ مَا قِيلَ، إذا كان للقشر قيمة بأن كان في موضع يعزُّ فيه الحطب ويستعمل فيه قشر الجوز استعمال الحطب فوجده خاويًا اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: يرجع بحصة اللُّب ويصح العقد في القشر بحصته لأن العقد في القشر صادف محله، ومنهم من قال: يرد القشر ويرجع بجميع الثمن

حَادِثٌ (وَ) لٰكِنَّهُ (يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ) دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الكَسْرَ بِتَسْلِيطِهِ، قُلْنَا: التَّسْلِيطُ عَلَى الكَسْرِ فِي مِلْكِ المُشْتَرِي لَا فِي مِلْكِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ، وَلَوْ وَجَدَ البَعْضَ فَاسِدًا وَهُوَ قَلِيلٌ جَازَ البَيْعُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ قَلِيلٍ فَاسِدٍ، وَالْقَلِيلُ مَا لَا يَخْلُو عَنْهُ الجَوْزُ عَادَةً كَالْوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ فِي المِائَةِ، وَإِنْ كَانَ الفَاسِدُ كَثِيرًا لَا يَجُوزُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ المَالِ وَغَيْرِهِ فَصَارَ كَالْجَمْعِ بَيْنَ الحُرِّ وَالْعَبْدِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ المُشْتَرِي ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ فَإِنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ القَاضِي بِإِقْرَارٍ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَىٰ بَائِعِهِ) ؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِنَ

لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللُّب دون القشر، وإذا كان اللُّب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودًا، وإن كان للقشر قيمةٌ فتبيَّن أنَّ البيع وقع باطلاً، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ، وإن وجد البعض فاسدًا وهو قليلٌ صحَّ البيع استحسانًا، لأن الكثير من الجوز لا يخلو عن قليل فاسد فهو كالتُّراب في الحنطة، فلو فسد البيع باعتباره لانسدَّ باب بيعه، وَالْقَلِيلُ مَا لَا يَخْلُو عَنْهُ الجَوْزُ عَادَةً كَالْوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ فِي المِائَةِ، وَإِنْ كَانَ الفَاسِدُ كَثِيرًا، وهو أن يكون في المائة أكثر من ثلاثة لا يصحُّ في الكل، ويرجع بكل الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لجمعه في العقد بين ما له قيمةٌ وبين ما لا قيمة له فصار كالجمع بين حرٍّ وعبدٍ في البيع، وعندهما يصحُّ العقد فيما كان صحيحًا وهو الأصحُّ، وقيل: يفسد العقد في الكل إجماعًا لأنَّ الثمن لم يفصل.

قوله: لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِنَ الأَصْلِ، فإن قيل: ينتقض هذا بمسائل: إحداها: أنَّ المبيع لو

الأَصْلِ فَجَعَلَ البَيْعَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ، ....

كان عقارًا لا يبطل حقُّ الشفيع في الشفعة وإن كان الرد بالعيب بالبينة، ولو كان فسخًا من الأصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الأصل، والثانية: أنَّ الرجل إذا باع أمته الحبلىٰ من رجل وسلمها إليه ثم إنَّ المشتري ظفر فيها بعيب فردَّها بقضاء القاضي ثم ولدت ولدًا ثم ادعاه أبو البائع لا تصح الدعوة، ولو كان الرد بالبينة فسخًا للعقد من كل وجهٍ لصحت الدعوة، كما تصحُّ في أمة ابنه التي لم يبعها ابنه أصلاً، والثالثة: رجل باع عبدًا من إنسان ثمَّ أحال بالثمن على المشتري غريمه ثمَّ أنَّ المشتري رده بالعيب بقضاء القاضي لا تبطل الحوالة، ولو كان الرد بالبينة فسخًا للعقد من كل وجه من الأصل لبطلت الحوالة، قلنا: ذكر محمد رحمه الله تعالى في مواضع أنَّ بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضىٰ، ألا ترىٰ أنَّ من وهب مال الزكاة لرجل قبل الحول وسلمه إليه ثم رجع في هبته بعد الحول فإنه لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من الحول، ولا يجعل الموهوب عائدًا إلىٰ قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول، وكذلك الرجل إذا وهب دارًا لآخر وسلمها إليه ثمَّ بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة، ولو عاد الموهوب إلىٰ قديم ملك الواهب فيما مضىٰ وجعل كأنَّ الدار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الأخذ بالشفعة، إذا ثبت هذا الأصل يخرج عليه ما أحصيناه من المسائل، أمَّا مسئلة الشفعة فلأنَّ حق الشفيع كان ثابتًا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضىٰ، وكذلك المسئلة الثانية لأن الأب إنَّما تصح دعوته باعتبار ولايته وقبل الرد لم تكن له ولاية فلا يظهر حكم الردِّ فيه، وكذلك المسئلة الثالثة لأن الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لأنَّها سابقة على الرد، قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالىٰ: قول القائل: الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد وجعل له كأن لم يكن متناقض متعارض لأنَّ العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن، لأن فسخ العقد بدون العقد لا يكون، فإذا انعدم العقد من الأصل

غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهُ أَنْكَرَ قِيَامَ العَيْبِ لٰكِنَّهُ صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا بِالْقَضَاءِ، وَمَعْنَى القَضَاءِ بِالْإِقْرَارِ أَنَّهُ أَنْكَرَ الإِقْرَارَ فَأُثْبِتَ بِالْبَيِّنَةِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِالْبَيِّنَةِ حَيْثُ يَكُونُ رَدًّا عَلَى المُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ هُنَاكَ وَاحِدٌ وَالْمَوْجُودُ هَاهُنَا بَيْعَانِ، فَيُفْسَخُ الثَّانِي وَالْأَوَّلُ لَا

انعدم الفسخ من الأصل، فإذا انعدم الفسخ من الأصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه، فتمكّن في هذه الدعوى دورٌ أو تناقضٌ من هذا الوجه، ولكن يقال: العقد يجعل كأن لم يكن على التفسير الذي قلنا، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهُ أَنْكَرَ قِيَامَ العَيْبِ، هذا جواب سؤال بأن يقال: لمَّا أنكر البائع الثاني العيبَ فكيف يصح ردُّه على بائعه بالعيب الذي أنكره إذ ذاك مناقضة منه؟ فأجاب عنه بأنه ارتفعت المناقضة لما كذبه الشارع فيه في انكاره، وفيه خلاف محمد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَمَعْنَى القَضَاءِ بِالْإِقْرَارِ، وإنَّما احتاج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره بعد الإقرار بالعيب لا يحتاج إلى القضاء بل يرد عليه لإقراره بالعيب، فإذا ردَّ عليه بإقراره بدون القضاء لم يكن له أن يرده علىٰ بائعه.

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِالْبَيِّنَةِ، أي المشتري إذا باع ثمَّ رُد عليه بعيب بالبينة، بخلاف الوكيل إذا باع ثم رُدَّ عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردًّا على الموكل ولا يكون الرد على المشتري ردًّا علىٰ بائعه، وإن كان الرد بقضاء القاضي ولم يتفرَّق الحال بين الوكيل والمشتري إذا رد عليهما بإقرارهما حيث يلزمهما.

قوله: لِأَنَّ البَيْعَ هُنَاكَ وَاحِدٌ، أي في فصل الوكيل البيع واحد، فإذا فسخ انفسخ في حق الموكل، وَالْمَوْجُودُ هَاهُنَا بَيْعَانِ، فبفسخ الثاني لا ينفسخ الأول.

يَنْفَسِخُ (وَإِنْ قَبِلَ بِغَيْرِ قَضَاءِ القَاضِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ) ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَإِنْ كَانَ فَسْخًا فِي حَقِّهِمَا وَالْأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِعَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الَّذِي بَاعَهُ) وَبِهٰذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الجَوَابَ فِيمَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَفِيمَا لَا يَحْدُثُ سَوَاءٌ، وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ البُيُوعِ: إِنْ كَانَ فِيمَا لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ العَيْبِ عِنْدَ البَائِعِ الأَوَّلِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَىٰ عَيْبًا لَمْ يُجْبَرْ عَلَىٰ دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّىٰ يَحْلِفَ البَائِعُ أَوْ يُقِيمَ المُشْتَرِي بَيِّنَةً) لِأَنَّهُ أَنْكَرَ وُجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ

قوله: وَالْأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا، أي البائع الأول.

قوله: وَبِهٰذَا يَتَبَيَّنُ، وذلك لأنه لمَّا لم يتمكن من الرد في العيب الذي لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة مثلًا مع أنا تيقنا أنَّ ذلك العيب كان موجودًا في يد البائع الأول كان أَوْلىٰ أن لا يتمكن من الرد في العيب الذي يحدث مثله لأنه يحتمل أنه حدث عند المشتري لا عند البائع، ووجه هذه الرواية أن الرد بغير قضاء القاضي إقالة تعتمد التَّراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حقِّ غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود إليه الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه.

قوله: لَمْ يُجْبَرْ عَلَىٰ دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّىٰ يَحْلِفَ البَائِعُ أَوْ يُقِيمَ المُشْتَرِي بَيِّنَةً، وذكر في الفوائد الظهيرية بعد ذكر لفظ رواية الجامع الصغير كما ذكر في الكتاب فقال: وفي هذا التَّركيب نظرٌ لأنه جعل أحدهما غايةً لنفي الإجبار على الأداء ونفي الإجبار على الأداء لا ينتهي بإقامة البينة بل يستمر، ثم قال: وأمكن تصحيحه بتقدير الخبر المذكور ثانيًا، ومعناه:

حَيْثُ أَنْكَرَ تَعَيُّنَ حَقِّهِ بِدَعْوَى العَيْبِ، وَدَفْعُ الثَّمَنِ أَوَّلًا لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ بِإِزَاءِ تَعَيُّنِ المَبِيعِ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالدَّفْعِ فَلَعَلَّهُ يَظْهَرُ العَيْبُ فَيُنْتَقَضُ القَضَاءُ فَلَا يَقْضِي بِهِ صَوْنًا لِقَضَائِهِ (فَإِنْ قَالَ المُشْتَرِي شُهُودِي بِالشَّامِ أُسْتُحْلِفَ البَائِعُ وَدَفَعَ الثَّمَنَ) يَعْنِي إِذَا حَلَفَ وَلَا يُنْتَظَرُ حُضُورُ الشُّهُودِ؛ لِأَنَّ فِي الِانْتِظَارِ ضَرَرًا بِالْبَائِعِ، وَلَيْسَ فِي الدَّفْعِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِهِ؛ لِأَنَّهُ عَلَىٰ حُجَّتِهِ، أَمَّا إِذَا نَكَلَ أُلْزِمَ العَيْبَ؛ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيهِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَادَّعَىٰ إِبَاقًا لَمْ يُحَلَّفَ البَائِعُ ....

أو يقيم المشتري البينة فيستمرُّ عدم الإجبار.

قوله: حَيْثُ أَنْكَرَ تَعَيُّنَ حَقِّهِ، وهو التسليم، فإن قيل: ما ادعاه المشتري من العيب موهوم فلا يعارض المتحقِّق وهو وجوب تسليم الثمن؟ قلنا: فيه صيانة القضاء عن النقض.

قوله: لِأَنَّهُ عَلَىٰ حُجَّتِهِ، لأنه لو حضر شهوده كان بسبيل من إقامة البينة وردِّ المبيع على البائع واسترداد الثمن.

قوله: لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيهِ، أي لأن النكول حجة في ثبوت العيب، وهذا احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالإجماع، وعن النكول في الأشياء الستة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَادَّعَىٰ إِبَاقًا، أي جاء المشتري بالعبد إلى البائع وقال: بعتني آبقًا، وإنَّما وضع المسئلة في الإباق لأن العيب إذا كان ظاهرًا وهو ممَّا لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة أو الناقصة فإنَّ القاضي يقضي بالرد من غير تحليف إذا طلب المشتري لأنا تيقنا بوجوده عند البائع، أو باطنًا لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال

حَتَّىٰ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ) وَالْمُرَادُ التَّحْلِيفُ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَأْبَقْ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ وَإِنْ كَانَ قَوْلَهُ وَلَٰكِنَّ إِنْكَارَهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ بِهِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَمَعْرِفَتِهِ بِالْحُجَّةِ (فَإِذَا أَقَامَهَا حَلَفَ بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ وَمَا أَبَقَ عِنْدَهُ قَطُّ) كَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ، وَإِنْ شَاءَ حَلَّفَهُ بِاللهِ مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عَلَيْكَ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي يَدَّعِي أَوْ بِاللهِ مَا أَبَقَ عِنْدَكَ قَطُّ

يرجع إلى قول الأطباء في حق سماع الدعوى وتوجه الخصومة، أو عيبًا تطلع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع إلى قول النساء في توجه الخصومة، فلا يتأتَّىٰ في هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب في يد المشتري في الحال، ولا يحتاج المشتري إلى إقامة البينة على قيامه في الحال، وإنَّما يثبت بالبينة ما لا يعرف إلا بالتجربة كالإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون.

قوله: حَتَّىٰ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ، أي عند المشتري.

قوله: وَالْمُرَادُ التَّحْلِيفُ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَأْبَقْ عِنْدَهُ، أى عند البائع، فإن قيل: أيُّ فرق بين هذا وبين الدين؟ فإنَّ من ادعى على آخر دينًا وأنكر المدعى عليه قيام الدين فإن القاضي يأمر المدعى عليه بالجواب وإن لم يثبت قيام الدين في الحال، وكما أنَّ السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فكذلك سلامة الذمم عن الدين أصل والشغل عارضٌ، قلنا: الفرق بينهما هو أنَّ قيام الدين في الحال لو كان شرطًا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي إلى إحياء حقه عسى لأنه رُبَّما لا يكون له بينة أصلاً، أو كانت له بينة لكنه لا يقدر على إقامتها إما لموتِهم أو لغيبتهم، وأمَّا في دعوى العيب لو شرطنا قيام العيب للحال لاستماع الخصومة يتوسل المشتري إلى إحياء حقه لأنَّ العيب إذا كان مما يعاين أمكن إثباته بالتعرف عن آثاره، وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء

أَمَّا لَا يُحَلِّفُهُ بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هٰذَا العَيْبُ، وَلَا بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هٰذَا العَيْبُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَرْكُ النَّظَرِ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ العَيْبَ قَدْ يَحْدُثُ بَعْدَ البَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ مُوجِبٌ لِلرَّدِّ، وَالْأَوَّلُ ذُهُولٌ عَنْهُ وَالثَّانِي يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ فَيَتَأَوَّلُهُ فِي اليَمِينِ عِنْدَ قِيَامِهِ وَقْتَ التَّسْلِيمِ دُونَ البَيْعِ، وَلَوْ لَمْ يَجِدِ المُشْتَرِي بَيِّنَةً عَلَىٰ قِيَامِ العَيْبِ عِنْدَهُ وَأَرَادَ تَحْلِيفَ

والقوابل، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَالْأَوَّلُ ذُهُولٌ عَنْهُ - وهو قوله: بالله لقد باعه وما به هذا العيب - وَالثَّانِي - وهو قوله: لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب - يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ، لأنه حينئذٍ يتعلق الحنث به لقيام العيب في الحالين، فإذا كان وقت التسليم ولم يكن وقت البيع لا يحنث فيدفع الرد بهذا التأويل فيتضرَّر به المشتري، والأصح أنَّ البائع لا يبَر في يمينه إلا إذا لم يكن العيب موجودًا في البيع والتسليم أصلاً لأنه ينفي العيب عند البيع وعند التسليم فيحنث إذا لم يكن متعيبًا في أحدهما، وفي قوله: يُوهِمُ، إشارة إلىٰ أنَّ تأويل البائع ذلك في يمينه هذه ليس بصحيح، وإنَّما يحلف البائع على البتات والتحليف على فعل الغير وهو سرقة العبد أو إباقه وفي مثل ذلك التحليف على العلم لأنه استحلاف علىٰ فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سليمًا كما التزمه، ولأنَّ التحليف على فعل الغير إنَّما يكون على العلم إذا ادَّعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك، أمَّا إذا ادَّعىٰ أنَّ لي علماً بذلك فيحلف على البتات، ألا ترىٰ أنَّ المودع إذا قال: قبض المودع الوديعة، فالقول قول المودع ويحلف على البتات لادِّعائه العلم بذلك وإن كان القبض فعل المودع، وكالوكيل ببيع العبد لو قال: قبض الموكل ثمن عبد بعته بحكم الوكالة فإنه يحلف على البتات لادِّعائه العلم بذلك وإن كان القبض فعلاً لغيره، قال القاضي الإمام ظهير الدين رحمه الله تعالىٰ: هذا لا يقوي

الْبَائِعِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ يُحَلَّفُ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، لَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَىٰ مُعْتَبَرَةٌ حَتَّىٰ يَتَرَتَّبَ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ فَكَذَا يَتَرَتَّبُ التَّحْلِيفُ، وَلَهُ عَلَىٰ مَا قَالَهُ الْبَعْضُ أَنَّ الْحَلِفَ يَتَرَتَّبُ عَلَىٰ دَعْوَى صَحِيحَةٍ، وَلَيْسَتْ تَصِحُّ إِلَّا مِنْ خَصْمٍ وَلَا يَصِيرُ خَصْمًا فِيهِ إِلَّا بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ، وَإِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ عِنْدَهُمَا يَحْلِفُ ثَانِيًا لِلرَّدِّ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَىٰ فِي إِبَاقِ الْكَبِيرِ يَحْلِفُ مَا أَبَقَ مُنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ؛ لِأَنَّ

المسئلتين: إحداهما باع رجلان عبدًا من آخر صفقةً واحدةً ثمَّ مات أحدهما وورثه البائع الآخر ثمَّ ادعى المبتاع عيبًا فإنه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد رحمه الله تعالىٰ وإن كان يدعي العلم بانتفاء العيب زمان البيع، وكذلك المتفاوضان إذا باعا عبدًا وغاب أحدهما ثمَّ ادعى المشتري عيبًا يحلف الحاضر في نصيب نفسه على الجزم وفي نصيب الغير على العلم وإن ادَّعى أنَّ له علمًا بذلك.

قوله: وَلَهُ عَلَىٰ مَا قَالَهُ الْبَعْضُ أَنَّ الْحَلِفَ يَتَرَتَّبُ عَلَىٰ دَعْوَى صَحِيحَةٍ، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ بين البينة والتحليف في أنَّ العاجز عن إثبات العيب خصم في حق البينة دون التحليف لأنَّ التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيًا سابقية الخصومة ولن يكون المشتري خصمًا للبائع هنا إلَّا بعد إثبات قيام العيب في يد المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصمًا فلم يشرع التحليف لانتفاء موجبه وهو قطع الخصومة، وأمَّا البينة فلإثبات كونه خصمًا، ألا ترىٰ أنَّ الرجل يقيم البينة علىٰ أنه وارث فلان أو وكيل فلان فإنه يصحُّ.

قوله: عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ، أي على البتات بالله لقد باعه وسلمه وما أبق قطُّ.

الإِبَاقَ فِي الصِّغَرِ لَا يُوجِبُ رَدَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً وَتَقَابَضَا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَقَالَ البَائِعُ: بِعْتُكَ هٰذِهِ وَأُخْرَىٰ مَعَهَا وَقَالَ الْمُشْتَرِي: بِعْتَنِيهَا وَحْدَهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي) ؛ لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي مِقْدَارِ المَقْبُوضِ فَيَكُونُ القَوْلُ لِلْقَابِضِ كَمَا فِي الغَصْبِ (وَكَذَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَىٰ مِقْدَارِ المَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي المَقْبُوضِ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً فَقَبَضَ أَحَدَهُمَا وَوَجَدَ بِالآخَرِ عَيْبًا فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُمَا أَوْ يَدَعُهُمَا) ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ بِقَبْضِهِمَا فَيَكُونُ تَفْرِيقُهَا قَبْلَ التَّمَامِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ القَبْضَ لَهُ شَبَهٌ

قوله: كَمَا فِي الغَصْبِ، يعني إذا أنكر الغاصب الزيادة يكون القول قوله.

قوله: وَكَذَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارِ المَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي المَقْبُوضِ، أي في مقدار المقبوض بأن كان المبيع جاريتين ثمَّ اختلفا فقال البائع للمشتري: قبضتهما، وقال المشتري: ما قبضت إلا إحداهما.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ أنَّ الاختلاف في مقدار المقبوض.

قوله: لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ بِقَبْضِهِمَا فَيَكُونُ تَفْرِيقُهَا قَبْلَ التَّمَامِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، إشارةٌ إلى قوله قبيل باب خيار العيب أنَّ الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله.

قوله: وَهٰذَا؛ لِأَنَّ القَبْضَ لَهُ شَبَهٌ بِالْعَقْدِ، بوجهين: أحدهما: أنَّ القبض مثبت ملك التصرف واليد، كما أن العقد مثبت ملك الرقبة، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف

بِالْعَقْدِ فَالتَّفْرِيقُ فِيهِ كَالتَّفْرِيقِ فِي العَقْدِ، وَلَوْ وَجَدَ بِالْمَقْبُوضِ عَيْبًا اخْتَلَفُوا فِيهِ. وَيُرْوَىٰ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّةً، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَأْخُذُهُمَا أَوْ يَرُدُّهُمَا؛ لِأَنَّ تَمَامَ الصَّفْقَةِ تَعَلَّقَ بِقَبْضِ المَبِيعِ وَهُوَ اسْمٌ لِلْكُلِّ فَصَارَ كَحَبْسِ المَبِيعِ لَمَّا تَعَلَّقَ زَوَالُهُ بِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ لَا يَزُولُ دُونَ قَبْضِ جَمِيعِهِ، وَلَوْ قَبَضَهُمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا يَرُدُّهُ خَاصَّةً خِلَافًا لِزُفَرَ، هُوَ يَقُولُ: فِيهِ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ وَلَا يَعْرَىٰ عَنْ ضَرَرٍ؛ لِأَنَّ العَادَةَ جَرَتْ بِضَمِّ الجَيِّدِ إِلَى الرَّدِيءِ فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ القَبْضِ وَخِيَارَ

واليد، والثانِي أنَّ القبض مؤكَّد لِمَا أثبته العقد وللتأكيد شبه بالإيجاب، ألا ترىٰ أنَّ شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لأنه كان علىٰ شرف السقوط بتمكينها ابن الزوج فالشهود أكَّدوا نصف المهر على الزوج.

قوله: وَيُرْوَىٰ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّةً، كأنه جعل غير المعيب تبعًا للمعيب حتَّى جعلهما مقبوضين.

قوله: فَصَارَ كَحَبْسِ المَبِيعِ، لمَّا تعلق زوال حبس المبيع باستيفاء الثمن لا يزول إلا بقبض الكل، فكذلك تمام الصفقة لمَّا تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل، فما لم يقبض الكل لا تتم الصفقة، علىٰ أنَّ الصفقة إن تناهت فيما قبض لم تتناه فيما لم يقبض فدار التفريق بين الجواز وعدمه فلم يجز بالشكِّ.

قوله: وَلَوْ قَبَضَهُمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا يَرُدُّهُ خَاصَّةً، قيل: هذا في الشيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين، أمَّا إذا لم يكن كزوجي الخف ومصراع الباب فإنه يردهما أو يمسكهما، حتَّىٰ قال مشايخنا: إذا اشترىٰ زوجي ثور فقبضهما فوجد بأحدهما عيبًا وقد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك ردَّ المعيب خاصةً.

الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، وَلَنَا أَنَّهُ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ بَعْدَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ بِالْقَبْضِ تَتِمُّ الصَّفْقَةُ فِي خِيَارِ العَيْبِ، وَفِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ لَا تَتِمُّ بِهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَلِهٰذَا لَوْ اُسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الآخَرَ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَوَجَدَ بِبَعْضِهِ عَيْبًا رَدَّهُ كُلَّهُ أَوْ أَخَذَهُ كُلَّهُ) وَمُرَادُهُ بَعْدَ القَبْضِ؛ لِأَنَّ المَكِيلَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، إشارة إلىٰ ما ذكر في خيار الرؤية بقوله: لأنَّ الصفقة لا تتمُّ مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، وما ذكره بعدُ بخطوط بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كان لا تتم قبله.

قوله: وَلِهٰذَا لَوْ اُسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا، أي ولأنَّ الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لو استحق أحدهما بعد قبضهما، لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الآخَرَ، بل يلزم العقد على المشتري في الآخر، ولو استحق أحدهما قبل القبض له أن يرد الآخر لتفرق الصفقة فيه قبل التمام، وبهذا يستدل علىٰ أن تفريق الصفقة بعد القبض جائزٌ وإن كان لا يجوز قبل القبض في صورة الاستحقاق، فيجب أن يكون في خيار العيب كذلك، وهو أن يجوز بعد القبض لا قبله، بخلاف خيار الرؤية والشرط لأنَّ الصفقة لا تتم ثمَّة بالقبض لأنَّ تمامها يتعلق بتمام الرضا ولم يوجد، وتضرَّر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري، وذكر في المختلف: إذا اشترى عبدين ووجد بأحدهما عيبًا قبل القبض ردَّه بحصته من الثمن عند زفر رحمه الله تعالىٰ، كما لو وجد به عيبًا بعد القبض فإنه يرده خاصة فكذا قبل القبض، فهذا يخالف ما ذكر ههنا.

قوله: لِأَنَّ المَكِيلَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ، لأنَّ المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبَّة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح

فَهُوَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّهُ يُسَمَّىٰ بِاسْمٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الكُرُّ وَنَحْوُهُ. وَقِيلَ هٰذَا إِذَا كَانَ فِي وِعَاءٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا كَانَ فِي وِعَاءَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدَيْنِ حَتَّىٰ يَرُدَّ الوِعَاءَ الَّذِي وَجَدَ فِيهِ العَيْبَ دُونَ الآخَرِ (وَلَوْ اُسْتُحِقَّ بَعْضُهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ، وَالِاسْتِحْقَاقُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ؛ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا العَاقِدِ لَا بِرِضَا المَالِكِ، وَهٰذَا

بيعها، وإذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع صار الكل في حقِّ البيع كشيءٍ واحدٍ، ولهذا يسمَّىٰ باسمٍ واحدٍ وهو الكرُّ ونحوه، فإن قيل: لو كان المكيل والموزون كشيءٍ واحدٍ كالثوب والعبد مثلًا كان له حقُّ الرد فيما إذا استحق بعضه بعد القبض، قلنا: في استحقاق البعض بعد القبض عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان، والفرق علىٰ إحداهما أنَّ استحقاق البعض لا يوجب عيبًا في الباقي، بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبًا وميَّزه ليرده لأن تمييز المعيب عن غير المعيب يوجب زيادة عيبٍ، ولا فرق بين ما إذا كان الكلُّ في وعاءٍ واحدٍ أو في أوعية عند البعض، وقيل: هذا إذا كان الكل في وعاءٍ واحدٍ، أمَّا إذا كان في وعائين فهو كعبدين حتى يرد الوعائين المعيب دون الآخر، وحُكِي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى أنه قال: ما ذكر من الجواب محمولٌ على ما إذا كان الكل في وعاءٍ واحدٍ، أمَّا إذا كان في أوعيةٍ مختلفةٍ فوجد في وعاء واحدٍ عيبًا يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين، وكان يفتي به، ويزعم أنه رواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ، وقالوا: لا فرق بين ما إذا كان في وعاءٍ واحدٍ أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب، وإطلاقُ محمد رحمه الله تعالى في الكتاب يدل عليه، وبه كان يقول شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالِاسْتِحْقَاقُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ، هذا جوابُ إشكال وهو أن يقال: ينبغي أن يكون له الخيار في ردِّ ما بقي كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام، فأجاب رحمه الله تعالىٰ

إِذَا كَانَ بَعْدَ القَبْضِ، أَمَّا لَوْ كَانَ قَبْلَ القَبْضِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا فَلَهُ الخِيَارُ) ؛ لِأَنَّ التَّشْقِيصَ فِيهِ عَيْبٌ وَقَدْ كَانَ وَقْتَ البَيْعِ حَيْثُ ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ، بِخِلَافِ المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرْحًا فَدَاوَاهُ أَوْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا فِي حَاجَةٍ فَهُوَ رِضًا) ؛ لِأَنَّ ذٰلِكَ دَلِيلُ قَصْدِهِ الِاسْتِبْقَاءَ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ الخِيَارَ هُنَاكَ لِلِاخْتِبَارِ وَأَنَّهُ بِالِاسْتِعْمَالِ فَلَا يَكُونُ الرُّكُوبُ

وقال: لا يلزم، إذ لو لزم ذلك للزم باعتبار الاستحقاق وأنه لا يمنع تمام الصفقة، إلىٰ آخر ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَقَدْ كَانَ وَقْتَ البَيْعِ حَيْثُ ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ، أي أنَّ عيب الشركة في ذلك الثوب لم يحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق، فلذلك كان للمشتري أن يردَّه.

قوله: لِأَنَّ ذٰلِكَ دَلِيلُ قَصْدِهِ الِاسْتِبْقَاءَ، أي في ملكه لأنَّ المداواة لإزالة العيب وقيام العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكن من الردِّ فكانت المداواة دليل الإمساك ودليل الرضا بالعيب.

قوله: لِأَنَّ الخِيَارَ هُنَاكَ لِلِاخْتِبَارِ، يعني أنَّ خيار الشرط إنَّما شرع للاختبار والركوب مرَّةً يحتاج إليه لذلك، فلو جعل اختيارًا للملك لفاتَ فائدة خيار الشرط، أمَّا خيار العيب إنَّما شُرِع ليصل إلىٰ رأس ماله عند عجزه عن الوصول إلى الجزء الفائت فيندفع الضرر، فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجًا إليه وإنه تصرف لا يحلُّ بدون الملك فجعل دليل الرضا.

مُسْقِطًا (وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَىٰ بَائِعِهَا أَوْ لِيَسْقِيَهَا أَوْ لِيَشْتَرِيَ لَهَا عَلَفًا فَلَيْسَ بِرِضًا) أَمَّا الرُّكُوبُ لِلرَّدِّ؛ فَلِأَنَّهُ سَبَبُ الرَّدِّ، وَالْجَوَابُ فِي السَّقْيِ وَاشْتِرَاءِ العَلَفِ مَحْمُولٌ عَلَىٰ مَا إذَا كَانَ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ، إِمَّا لِصُعُوبَتِهَا أَوْ لِعَجْزِهِ أَوْ لِكَوْنِ العَلَفِ فِي عِدْلٍ وَاحِدٍ، وَأَمَّا إذَا كَانَ يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ لِانْعِدَامِ مَا ذَكَرْنَاهُ يَكُونُ رِضًا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ فَقُطِعَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يَرْجِعُ بِمَا بَيْنَ

قوله: وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا، ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: وإن ركبها ليردَّها على البائع فليسَ برضاءٍ سواءٌ كان منه بدًّا أو لا، وإن ركبها ليسقيها فإن كان منه بُدٌّ فهو رضا، وإن لم يكن منه بدٌّ لصعوبتها بأن كان جموحًا، أو لعجزه عن المشي فليس برضاء، ولو اختلفا فقال البائع: ركبتها لحاجتكَ، وقال المشتري: بل لأردّها عليك، فالقول قول المشتري، وفي الكافي: وقيل: وتأويله إذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف إلا بالركوب.

قوله: فَلِأَنَّهُ سَبَبُ الرَّدِّ، فيكون مفضيًا إليه ومقرِّرًا له، ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ، أي لا وقت الشراء ولا وقت القبض فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفي الجامع الصغير للإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى: رجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وهكذا ذكر في بعض المواضع من المبسوط، والتوفيق بينهما هو ما ذكر في المبسوط أنَّ قطع اليد كان مستحقًّا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الآدمي نصفه فينتقض قبض

قِيمَتِهِ سَارِقًا إِلَىٰ غَيْرِ سَارِقٍ) وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ وُجِدَ فِي يَدِ البَائِعِ، وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الِاسْتِحْقَاقِ عِنْدَهُ وَبِمَنْزِلَةِ العَيْبِ عِنْدَهُمَا. لَهُمَا أَنَّ المَوْجُودَ فِي يَدِ البَائِعِ سَبَبُ القَطْعِ وَالْقَتْلِ وَأَنَّهُ لَا يُنَافِي المَالِيَّةَ فَنَفَذَ العَقْدُ فِيهِ لٰكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ فَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ جَارِيَةً حَامِلًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ بِالْوِلَادَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهَا حَامِلًا إِلَىٰ غَيْرِ حَامِلٍ. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الوُجُوبِ فِي يَدِ البَائِعِ وَالْوُجُوبُ يُفْضِي إِلَى الوُجُودِ فَيَكُونُ الوُجُودُ مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قُتِلَ المَغْصُوبُ أَوْ قُطِعَ بَعْدَ الرَّدِّ بِجِنَايَةٍ

المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار، إن شاء رجع بنصف الثمن عليه، وإن شاء ردَّ ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع، كما لو قطعت يده عند البائع.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ وُجِدَ فِي يَدِ البَائِعِ، نحو القتل العمد والردة.

قوله: وَأَنَّهُ لَا يُنَافِي المَالِيَّةَ، و لهذا يجوز بيعه، وينتقل بالقبض إلى ضمان المشتري، حتى لو مات قبل القطع والقتل كان الثمن على المشتري.

قوله: عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ، أمَّا تعذُّر الرد في القتل فظاهر، وأمَّا في القطع فإنه وجد في يد المشتري وهو عيبٌ حادثٌ فلا يرده إلا أن يرضى البائع.

قوله: مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ، وهذا لأنَّ السبب الموجود عند البائع أوْجَب استحقاق الفعل، واستحقاقه أوْجَب وجوده، ووجوده أوْجَب فوته فصار ذلك مضافاً إليه بهذه الوسائط، كما في شراء القريب، والدليل علىٰ أنَّ نسبة التلف إلىٰ سبب الاستحقاق

وُجِدَتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ المَسْأَلَةِ مَمْنُوعٌ، وَلَوْ سَرَقَ فِي يَدِ البَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ المُشْتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِنْدَهُمَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَعِنْدَهُ لَا يَرُدُّهُ بِدُونِ رِضَا البَائِعِ لِلْعَيْبِ الحَادِثِ وَيَرْجِعُ بِرُبْعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ قَبِلَهُ البَائِعُ فَبِثَلَاثَةِ الأَرْبَاعِ؛ لِأَنَّ اليَدَ مِنَ الآدَمِيِّ نِصْفُهُ وَقَدْ تَلِفَتْ بِالْجِنَايَتَيْنِ وَفِي إِحْدَاهُمَا رُجُوعٌ فَيَتَنَصَّفُ؛ وَلَوْ تَدَاوَلَتْهُ الأَيْدِي

واجبة وأنَّ المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتالف أنه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في ضمان الغاصب فردَّه على المالك ثمَّ قتل أو قطع بناءً على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة أو بنصف القيمة على الغاصب.

قوله: وَمَا ذُكِرَ مِنَ المَسْأَلَةِ مَمْنُوعَةٌ، أي مسئلة الحامل ممنوعة، أي على هذا الخلاف، ولئن سُلم فقد ذكر في المبسوط: وأمَّا الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم، بل الغالب عند الولادة السلامة وهو نظير الزاني إذا جلد، ولا يلزم علىٰ أبي حنيفة رحمه الله تعالى الجارية المغصوبة إذا حبلت ثمَّ ردَّها الغاصب لأنَّ الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو أن يرد المغصوبة كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردَّها حاملاً وههنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوْجبه العقد وقد وجد ذلك، ثم إن تلفه بسبب كان الهلاك به مستحقًّا عند البائع ينقض قبض المشتري فيه، وإن لم يكن مستحقًّا لا ينقض قبضه فيه، ولا يلزم علىٰ هذا ما إذا اشترى جاريةً محمومةً فماتت في يد المشتري من تلك الحمىٰ لأنَّها لا تموت بمجرد الحمىٰ بل بزيادة ترادف الآلام ولم يكن عند البائع، وكذلك الأمة إذا زوَّجها مولاها وهيَ بكر ثمَّ باعها ثم افتضها الزوج في يد المشتري حيث لا يرجع بنقصان البكارة لأنَّ البكارة لا تستحقُّ بالبيع بل بالشرط، بدليل أنَّ من اشترىٰ جارية فوجدها ثيباً لا يتمكن من الردِّ، وكلامنا فيما يستحق بالبيع لا بالشرط،

ثُمَّ قُطِعَ فِي يَدِ الأَخِيرِ رَجَعَ البَاعَةُ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ عِنْدَهُ كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الأَخِيرُ عَلَىٰ بَائِعِهِ وَلَا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلَىٰ بَائِعِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ (وَلَمْ يَعْلَمَ المُشْتَرِي) يُفِيدُ عَلَىٰ مَذْهَبِهِمَا؛ لِأَنَّ العِلْمَ بِالْعَيْبِ رِضًا بِهِ، وَلَا يُفِيدُ عَلَىٰ قَوْلِهِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ العِلْمَ بِالِاسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ البَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِعَيْبٍ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ العُيُوبَ بِعَدَدِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ البَرَاءَةُ بِنَاءً عَلَىٰ مَذْهَبِهِ أَنَّ الإِبْرَاءَ عَنِ الحُقُوقِ المَجْهُولَةِ لَا يَصِحُّ. هُوَ يَقُولُ:

وكذا لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن لأنَّ المستحق بذلك السبب الضرب المؤلم وموته بذلك بمعنًى عارض وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود فلم يكن مضافًا إلى ذلك السبب.

قوله: وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الأَخِيرُ عَلَىٰ بَائِعِهِ، لأنه لم يصر حابسًا للمبيع حيث لم يبعه، وَلَا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلَىٰ بَائِعِهِ، لأنه صار بالبيع حابسًا للمبيع.

قوله: فِي الكِتَابِ، أي في الجامع الصغير.

قوله: فِي الصَّحِيحِ، وفي رواية عنه: لا يرجع، لأنَّ حل الدم من وجه كالاستحقاق، ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع، فلشبهه بالاستحقاق عند الجهل به يرجع بكل الثمن، ولشبهه بالعيب لا يرجع عنه عند العلم بشيء عملاً بهما، وإن أعتقه المشتري فقطعت يده أو قتل فعندهما يرجع بنقصان العيب، كما في سائر العيوب، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يرجع، لأنَّ القطع والقتل لم يتضمنا تفويت المالية هنا لانعدام المالية

إنَّ فِي الإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّىٰ يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، وَتَمْلِيكُ المَجْهُولِ لَا يَصِحُّ. وَلَنَا أَنَّ الجَهَالَةَ فِي الإِسْقَاطِ لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ وَإِنْ كَانَ فِي ضِمْنِهِ التَّمْلِيكُ لِعَدَمِ الحَاجَةِ إِلَى التَّسْلِيمِ فَلَا تَكُونُ مُفْسِدَةً، وَيَدْخُلُ فِي هٰذِهِ البَرَاءَةِ العَيْبُ المَوْجُودُ وَالْحَادِثُ قَبْلَ القَبْضِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَدْخُلُ فِيهِ الحَادِثُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ البَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الغَرَضَ إِلْزَامُ العَقْدِ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ عَنْ صِفَةِ السَّلَامَةِ وَذٰلِكَ

يوم القطع والقتل.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يَدْخُلُ فِيهِ الحَادِثُ، وأجمعوا علىٰ أنَّ البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به أنه لا يبرأ عن الحادث لأنه لمَّا قال به اقتصر على الموجود، كذا في شرح الطحاوي.

قوله: وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ الغَرَضَ إِلْزَامُ العَقْدِ، فإن قيل: الرواية منصوصة في شرح الطحاوي وفي المبسوط أيضًا بأنه لو باع بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالإجماع، والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده؟ قلنا: قد ذكر في الذخيرة: أنه إذا باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصحُّ عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، خلافـًا لمحمد رحمه الله تعالىٰ، وذكر في المبسوط في موضع آخر: ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيما ذكر إذا نصَّ على البراءة من العيب الحادث، ثمَّ قال: وقيل: ذلك صحيح عندنا باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد في صحة الإسقاط، ولئن سلمنا فنقول: هٰهنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعًا لأنَّ ذلك يرجع إلى

بِالْبَرَاءَةِ عَنِ الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ.

تقرير مقصودهما وقد يدخل في التصرف تبعًا ما لا يجوز أن يكون مقصودًا بذلك التصرف كالشرب في بيع الأرض والمنقولات في وقف القرية، وذكر في شرح الطحاوي: ولو وجد المشتري بالمبيع عيبًا فجاء يرده بعد ما وقع البيع بشرط البراءة من كل عيب فاختلفا فقال البائع: كان هذا العيب موجودًا ودخل في البراءة، وقال المشتري: هو حادثٌ ولم يدخل في البراءة، فعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا فائدة لهذا الاختلاف، لأنه تبَرَّأ عنهما جميعًا، وعند محمد رحمه الله تعالى القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهرٌ بشرط البراءة، وثبوت حق الفسخ له بحدوث العيب باطنٌ، فإذا ادَّعى المشتري باطنًا ليزيل به ظاهرًا لم يصدق.

* * *

تمَّ الجزء الرَّابع من «الكفاية في شرح الهداية»

ويتلوه الجزء الخَامس، وأوله «بابُ البيع الفاسد»

فهرس المحتويات

المجلَّدُ الرَّابع

كتاب الحُدُود

كتاب السَّرِقَة

كتاب السِّيَرِ

كتاب اللَّقِيط

كتاب اللُّقَطَة

كتاب الإباق

كتاب المفقود

كتاب الشَّرِكَة

كتاب الوقف

كتاب البُيُوع

* * *

AL-KIFĀYA

FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

BY

AL-IMAM JALALUDDIN AL-KARLANY
AL-KHAWARAZMY AL-HANAFI
(D. 767 H.)

EDITED BY
MOHAMMAD AHMAD AL-HAQQANI AL-AFGHANI

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban